Die Verträglichkeit

der

Zeugen- und der Sachverständigenrolle mit anderen Rollen im Strafprozesse.

Inaugural-Dissertation.

Vorgelegt

der hohen juristischen Fakultät

der

Universität Tübingen

zur

Erlangung der Doktorwürde

von

Gustav Martin Reichner.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Tübingen 1905.

Druck von O. Riecker's Buchdruckerei (A. & S. Weil), Tübingen.

Referent: Prof. Dr. Beling in Tübingen.

I. Allgemeines.

Sehr bestritten sind die Fragen darüber, ob und inwieweit im Strafprozesse auftretende Personen im Stande sind, zugleich oder nacheinander in verschiedenen Rollen desselben Prozesses aufzutreten. Bei der Beantwortung der einzelnen in dieses Gebiet einschlagenden Fragen gehen nicht nur die angesehensten Theoretiker und Praktiker oft die verschiedensten Wege, sondern auch die Ergebnisse stehen sich oft geradezu entgegen; ja es zeigt sich, dass mehrfach die bedeutendsten Juristen selbst ihre Ansichten über einzelne der hier zu behandelnden Fragen ins Gegenteil geändert haben.

Wie bei jeder Auslegung, bei der es gilt, nicht ausdrücklich im Gesetze ausgesprochene, aber dennoch in ihm vorhandene Sätze aufzufinden [1]), hauptsächlich auf die Struktur des ganzen Gesetzes zurückzugehen ist, so ist das besonders bei Fragen aus dem Gebiete eines gerichtlichen Verfahrens erforderlich, denn jeder Prozess stellt ein in sich geschlossenes Ganze, ein Drama dar, an dem man nicht ohne Schädigung des Ganzen den geringsten Teil ändern, hinwegnehmen oder hinzutun darf.

Meines Erachtens wird aber bei der Frage nach der „Struktur" des Strafprozesses meist mehr auf Einzelheiten und nebensächliche Bestimmungen der Strafprozessordnung Rücksicht genommen, als auf die obersten Grundsätze und auf den Bau — Struktur i. e. S. — des modernen Strafverfahrens überhaupt. Es wird aus einzelnen Worten, aus der Tatsache, dass die Strafprozessordnung ein gewisses prozessuales Verhältnis an einer bestimmten Stelle oder in

[1]) So Bennecke und Beling S. 24.

einer gewissen Verbindung so oder so behandelt oder überhaupt nicht erwähnt, ein Schluss auf den Willen des Gesetzes oder die Absichten des »Gesetzgebers« gezogen, der meist sehr gewagt, vielleicht manchmal gerechtfertigt ist, oft aber viel zu weit geht und dem wahren Sinne des Gesetzes geradezu entgegensteht. Und das letzte ist bei der bekanntlich oft so wenig sorgfältigen Fassung und dem wenig systematischen Aufbau der Strafprozessordnung gar häufig der Fall.

Es ist deshalb, bevor den zu besprechenden Fragen näher getreten wird, zunächst die »Struktur« des modernen Strafverfahrens näher zu betrachten. Unter Struktur in diesem Sinne möchte ich aber nur folgendes verstehen: erstens die Grundsätze, auf denen das Verfahren beruht — ich möchte sie das Fundament des Gebäudes nennen —; und sodann die Sätze, die den Bau selbst beherrschen, die Säulen, durch die der Prozess gestützt wird, ohne die er zusammenfällt — Struktur des Prozesses i. e. S. —[1]).

1. Die Grundsätze des Strafprozesses.

Der Strafprozess unserer Zeit beruht auf zwei Grundsätzen:

1) Das Ziel des Strafprozesses ist die Ermittelung der materiellen — objektiven, historischen — Wahrheit,

[1]) Die Einzelheiten, die die Strafprozessordnung bestimmt, möchte ich mit dem architektonischen Beiwerke vergleichen, das für den ganzen Bau mehr oder minder entbehrlich ist, ohne dass es das Grundgefüge des Baues selbst berührt. Diese Einzelheiten auch unter den Begriff »Struktur« zu fassen, halte ich für unzutreffend. Wenigstens darf man sich dadurch nicht verführen lassen, nebensächlichen Bestimmungen der Strafprozessordnung, die der Gesetzgeber absichtlich oder unabsichtlich abweichend von den Grundprinzipien des Strafprozesses normierte, grundlegende, für die Entscheidung anderer Fragen massgebende Bedeutung beizumessen. Tut man dies nicht, dann ist es natürlich unwesentlich, wie weit oder wie eng man den Begriff »Struktur« fasst.

2) der Richter entscheidet über das Ergebnis der Beweisaufnahme nach seiner freien Ueberzeugung.

Der erstere dieser beiden Sätze fordert gebieterisch den zweiten; ohne diesen ist das wahre Ziel des ersteren m. E. unerreichbar. Dagegen kann der zweite Satz auch ohne den ersteren bestehen, wie es im Civilprozesse ja der Fall ist[1]).

Alle Fragen aus dem Gebiete des Strafverfahrens haben besonders und zunächst diese beiden Sätze zu Grunde zu legen.

Der erstere der beiden Sätze entspricht allein dem modernen Empfinden von dem Rechte des Staatsbürgers. Nur die wirklich begangene Tat in ihren historischen — d. h. menschlich erkennbaren — Umständen kann den Strafanspruch des Staates begründen. Die hohen Güter, um die es sich im Strafverfahren handelt, Freiheit, Leben, Ehre, Unbescholtenheit des Rufes, auch wenn er nur durch den Makel der geringsten Geldstrafe befleckt ist, dulden im Gegensatze zum bürgerlichen Prozesse keine formale Behandlung. Ein von den Prozessparteien absichtlich oder unabsichtlich künstlich geschaffener Tatbestand kann nie das Strafrecht des Staates entstehen lassen und nie den Staatsbürger unter die Last des Strafübels zwingen.[2]) Der Richter erforscht grundsätzlich unabhängig vom Willen der Parteien die Wahrheit.[3])

[1]) Zwar wird vielfach behauptet, dass auch der Civilprozess materielle Wahrheit anstrebe; sicherlich aber überwiegt dort das Formale.

[2]) Ueber die Ausnahmen, die die Strafprozessordnung enthält, vgl. Benneke u. Beling S. 249, 334, 335. Die relativen Beweisverbote sind streng genommen nicht Ausnahmen von diesem Satze. Denn sie schaffen niemals einen künstlichen Tatbestand, sondern versperren nur dem Richter einen bestimmten Weg, auf dem er zur Erforschung der materiellen Wahrheit gelangen könnte. Kann er keinen andern Weg finden, so muss er auf halbem Wege stehen bleiben, gleichwie wenn etwa ein Zeuge von seinem Zeugnisverweigerungsrechte Gebrauch macht. Die Beweisverbote sind »verschlossene Türen«, wie a. a. O. gesagt wird. Anders sog. absolute Beweisverbote — vgl. hierzu Beling, die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess bes. S. 3, 6 ff., 24 f. —.

[3]) Vgl. hierzu Bennecke und Beling S. 247 ff.; Glaser I S. 35, 340 270; Geyer S. 3, 4; Zachariae II S. 397, E.R.G. II. S. 387.

Der zweite Satz ist von der Strafprozessordnung als Norm aufgestellt, § 260; Grundsatz der freien Beweiswürdigung.[1]) Er schliesst alle Beweisregeln, Präsumptionen, Kompromisse aus. Der Richter soll bei der Fällung des Urteils von jeder beengenden Schranke frei sein.

Von den beiden nur nebensächlichen Ausnahmen der §§ 274 und 475 der St.-P.-O. kann hier wohl ohne weiteres abgesehen werden. Sie bilden ebenso wie die Präsumptionen, von denen bei Bennecke und Beling S. 322 die hauptsächlichsten angeführt sind, nur eine Durchbrechung des Grundsatzes.

Die beiden Grundsätze dürfen als alleinige oberste Forderungen bei der Entscheidung streitiger Fragen auf dem Gebiete des Strafverfahrens dienen; d. h. de lege lata: soweit nicht ausdrückliche, unbestreitbare Bestimmungen der Strafprozessordnung entgegenstehen, muss jede Massnahme in Theorie und Praxis von der Rücksicht auf diese beiden Sätze bestimmt sein. Und da, wie soeben angedeutet, die Strafprozessordnung selbst oft ohne Not schwer gegen diese Grundsätze verstösst, so ist de lege ferenda danach zu streben, dass aus unseren Gesetzen solche mit dem Geiste modernen Strafverfahrens unvereinbare Bestimmungen entfernt werden.

Ein wirklich ernstes Streben nach dem Ziele des Strafverfahrens verträgt nicht den geringsten Formalismus — Wahrheit und Formalismus sind Gegensätze — und ich halte Gesetze und Auslegungen, die dahin führen, dem Richter bei der Erreichung dieses Zieles Schranken zu setzen, nur dann für erlaubt, wenn ganz wesentliche überwiegende Gegeninteressen dafür sprechen.[2])

[1]) Vgl. hierzu Binding 137, 138; Glaser I 607; Geyer 687; v. Kries 339, 405 ff., Bennecke und Beling 375 ff., E.R.G. Bd. 7 S. 426; Stein, das private Wissen S. 50 ff. v. Kries i. Zeitschr. f. ges. St.-R.-W. Bd. 6 S. 88 ff.

[2]) In ein anderes Gebiet gehören selbstverständlich die Bestimmungen, die gegeben sind, um das Princip der Mündlichkeit in bestimmter Weise durchzuführen, oder einer leichtfertigen Handhabung dieses Princips entgegenzuwirken.

Die späteren Ausführungen werden näheres ergeben.

Die Befolgung des § 260 der St.-P.-O. ist oberstes Recht und erste Pflicht des Juristen.

Und doch wird m. E. gerade dagegen oft gefehlt. Und zwar geschieht das besonders häufig in der Behandlung und Bewertung des Zeugeneides.

Der Eid im Strafprozesse hat keine andere Bestimmung, als die, einen Druck auf den Vereideten auszuüben, die Wahrheit zu sagen. Dadurch, dass ihm nach der Leistung des Eides die schweren Nachteile der Meineidsstrafen drohen, soll er vom Abweichen von der Wahrheit zurückgeschreckt und angehalten werden, sich zu sammeln, sein Gedächtnis anzustrengen. Diesem Zwecke dient übrigens die Anrufung Gottes in der Eidesformel und die »Selbstverfluchung« am Ende des Eides für den Fall der Unwahrheit der Aussage[1]). Wie weit es im einzelnen Falle dem Eide gelungen ist, seinem Zwecke zu dienen, das mit einiger Sicherheit fest-

[1]) Aus Rücksicht auf das, was ich über den Eid zu sagen habe, möchte ich nicht unterlassen, auf die Gefahr hinzuweisen, die gerade in der religiösen Fassung des Eides für die materielle Wahrheit liegt. Der gläubige Mensch wird vielleicht durch die etwas an Totenkopf, verdunkeltes Zimmer, Lichter, Bibel u. s. w. erinnernde Fassung des Eides mehr oder weniger zu besonderer Strenge in seiner Aussage aufgerüttelt werden, obgleich ich meine, dass dieser schon durch das achte Gebot und den Hinweis des Richters darauf, sowie auf die ewigen Strafen des Meineids sich genügend gegen die Unwahrheit gewarnt fühlen wird. Aber ich halte es durchaus für naheliegend und ich glaube, dass es sehr oft vorkommt, dass ein zu Spekulationen neigender Gottesleugner — besonders wenn er ungebildet ist — sich gerade durch die religiöse Fassung zu dem Experiment verleitet fühlen kann: wenn es einen Gott gibt, mag er dafür sorgen, dass die Wahrheit an den Tag kommt. Der gerichtliche Beschluss z. B., dass von Verkündung des Beschlusses an die Aussage unter dem Eideszwange steht, und die Folge, dass bei der Abweichung von der Wahrheit die Meineidsstrafen eintreteu, würde m. E. der materiellen Wahrheit ebenso, ja mehr dienen als der Eid selbst in irgend einer Fassung. Vgl. hierzu Kade, der Eid und das Recht auf Wahrheit. S. 10.

zustellen wird dem Richter nie gelingen. Wenigstens wird die innere Glaubhaftigkeit der Aussage an sich, das Auftreten des Zeugen und anderes vom Richter beobachtetes derart schwer wiegen und wiegen müssen, dass die blosse Tatsache der Beeidigung nicht wesentlich ins Gewicht fällt, zumal da diese ja nicht im Belieben des Aussagenden liegt.

Der verhandelnde und urteilende Richter verkennt aber oft diesen Charakter des Eides im Strafverfahren. Daher der »Kampf um den Eid«, der ja besonders zwischen den Anwälten der Parteien im Privatklageverfahren und oft genug auch im Offizialverfahren zwischen dem Staatsanwalt und dem Verteidiger leidenschaftlich geführt wird. Erleichtert atmet der Verteidiger mit dem Angeklagten auf, wenn »sein« Zeuge vereidet ist. Nun ist das Spiel schon halb gewonnen. Und man kann dem Rechtsanwalt das Streben nach dem Eide des zu Gunsten seines Auftraggebers aussagenden oft nicht verargen, weiss er doch, dass der Richter selbst geneigt ist, durch den Eid sich eine Fessel anzulegen.

Es ist wohl der Parteieid im Civilprozesse, der hier seinen Einfluss ausübt. Wie dieser den Richter bindet, so kann sich der Richter im Strafprozesse oft von der Zwangsvorstellung nicht befreien, »dass über den Eid des Zeugen nicht hinwegzukommen ist«. Und trotzdem in seinem Innern die Ueberzeugung keimt, dass die beschworene Aussage falsch war, die Tatsache, dass ein Eid geleistet ist, lässt diese Ueberzeugung nicht für das Urteil zur Reife kommen. Darauf beruht es z. B., wenn der Richter, qualvoll zwischen zwei Zeugen stehend, von denen jeder nach § 57 St.-P.-O. nach seinem Ermessen vereidet werden kann, schliesslich, nachdem er es vergeblich versucht hat, die Aussagen unter einen Hut zu bringen, denjenigen von ihnen vereidet, der seiner Auffassung nach der Sachlage am entsprechendsten ausgesagt hat, und dann der Tatsache das Hauptgewicht beilegt, dass der Zeuge seine Aussage »durch den Eid bekräftigt hat«. Das dürfte er doch nur dann tun, wenn der andere Zeuge den Eid verweigert hätte. Die Folge ist, dass bereits in der Vereidung

die Verurteilung liegt und die Rechtsanwälte wissen das und daher »der Kampf um den Eid im Strafprozesse«[1]).

Das ist nur ein Beispiel, das die so oft erkennbare irrige Auffassung von dem Charakter des Eides im Strafprozesse beleuchtet, aber die Praxis ist reich an Fällen ähnlicher Art. Und wenn man sich auch vielleicht theoretisch nicht im Zweifel über die Natur dieses Eides ist, im Verhandeln und im Urteile geht oft die richtige Auffassung unter.

Der Eid im Strafverfahren hat nicht das Gewicht, das man ihm sehr oft beilegt.

Selbstverständlich ist, dass man unwillkürlich geneigt ist, der vom Gesetze beabsichtigten Wirkung des Eides auf den Zeugen auf der andern Seite eine gewisse Vermutung entsprechen zu lassen, dass der Zeuge auch die Wahrheit gesagt hat.[2]) Aber wenn der Richter dies tut, so geschieht dies als Ausfluss seines Rechts und seiner Pflicht freier Beweiswürdigung; nichts anderes ist dabei im Spiele. Die Beeidigung ist eben nur eines der Momente, aus denen sich der Richter seine Ueberzeugung schafft, wie er es auch tun kann, wenn beispielsweise der Zeuge bei seiner Aussage auffallend errötet oder erbleicht. Der Charakter des Zeugen, soweit er dem Richter ordnungsmässig zur Kenntnis gekommen ist, seine Stellung, seine Bildung, sein Leumund, sein Auftreten in der Verhandlung, die Art, wie er seine Aussage erstattet, das Verhältnis in dem er zu den Parteien steht, sind wertvollere Tatsachen bei der Beurteilung einer Aussage, als der geleistete Eid. Dieser ist als solcher nicht für das Gericht, sondern nur für den Aussagenden geschaffen worden.[3])

[1]) Vgl. übrigens Frank Dtsche. Jur.-Zeitung, IV. Jahrgang S. 142.

[2]) In diesem Sinne möchte ich es gelten lassen, wenn von einer Wahrheitsvermutung für die beeidete Aussage gesprochen wird, aber nur in diesem Sinne.

[3]) Die Strafprozessordnung verlässt nie diesen Standpunkt, das zeigt deutlich noch besonders die Fassung der §§ 56 und 57 der St.-P.-O. Dort wird nicht der geringste Unterschied zwischen beeideten und unbeeideten Zeugenaussagen gemacht.

Und m. E. wird auch in der Literatur, insbesonders bei der Behandlung der Fragen, die in dieser Arbeit zu beantworten sind, der Charakter des Eides im Strafverfahren häufig nach der formellen Seite hin verschoben. Man lässt das Gefühl von der Wucht des Eides allzusehr massgebend sein. Und so kommt es, dass man mit grösserem oder geringerem Bedauern von einem durch seine Parteistellung »verkümmerten« Zeugen spricht[1]), oder sich scheut, sich für eine dem Rechtsgefühle sonst sehr zusagende Ansicht zu entscheiden, weil sie zur Folge haben würde, dass man damit einen »privilegierten« Zeugen schüfe.[2])

Ich halte beide Bezeichnungen in diesem Sinne für verwerflich. Mit grösserem Rechte könnte man dann einen durch die oben angeführten Eigenschaften — guten Charakter, höhere Stellung, Bildung, Leumund u. s. f. — ausgezeichneten Zeugen als privilegierten Zeugen und umgekehrt einen Zeugen, dem diese Merkmale fehlen, als einen etwa durch seine Stellung oder seinen Leumund verkümmerten Zeugen bezeichnen. Davon würde man aber schon wegen des Odiums des Namens abstehen; nicht anders sollte es bei dem vereideten und nicht vereideten Zeugen sein.

M. E. darf die Frage: »haben wir, wenn wir uns für diese Ansicht entscheiden, dann noch ein beeidetes Zeugnis, oder geht uns dadurch die Vereidung verloren?« deshalb bei der Entscheidung der hier in Frage kommenden Punkte niemals berücksichtigt werden, weil sich der Eid bei freier

---

[1]) Wenn Binding Grdr. S. 148 den Privatkläger und Mitbeschuldigten als einen »durch seine prozessuale Stellung verkümmerten Zeugen« bezeichnet, so bezieht sich das augenscheinlich nicht allein darauf, dass sie nicht vereidet werden können, sondern besonders wohl darauf, dass ihrer Aussage gegenüber als Parteiaussage besondere Vorsicht anzuwenden ist. Und in diesem Sinne kann man sich den Ausdruck schliesslich gefallen lassen.

[2]) So z. B. Rosenfeld, die Nebenklage des Reichsstrafprozesses. Berlin 1900 S. 151.

Beweiswürdigung durch nichts über die anderen Gründe erhebt, aus denen man auf die Glaubwürdigkeit des Zeugnisses schliessen kann, ja hinter den meisten zurücksteht.

2. Die Struktur des Strafprozesses.

Der deutsche Strafprozess ist aufgebaut nach dem Anklageformprincipe: § 151 St.-P.-O.[1])

Die Struktur des Strafprozesses ist also gegeben durch die Prozessobjekte: Ankläger, Beschuldigter und Richter. Durch sie wird das Schema jedes Prozesses dargestellt. Sie sind die unbedingt erforderlichen Stützen, in denen die Architektur des Prozesses ruht. Keine dieser drei Hauptpersonen kann man entfernen, ohne dass dadurch der Prozess zusammenfällt[2]), wohl aber alle anderen Personen.

Deshalb sind m. E. der Richter und die Parteien die einzigen Personen, die schon nach dem rein äusserlichen Bau des Prozesses in ihrer prozessualen Eigenschaft nicht dadurch verletzt und dem Verfahren entzogen werden dürfen,

[1]) Vgl. hierzu die Ausführungen Bennecke und Beling S. 239 ff. und die dort angegebene Literatur.

[2]) Ich meine, dass es davon keine Ausnahmen giebt. Alle Bestimmungen, die man für solche halten könnte, sind es wohl nur scheinbar. Entweder vertritt aus Zweckmässigkeitsgründen der Amtsrichter den Staatsanwalt im Vorverfahren, oder — § 169 ff. Str.-P.-O. dem Richter ist die Kraft verliehen worden, den Staatsanwalt zur Parteirolle zu zwingen u. ä. Vgl. Bennecke und Beling a. a. O. bes. S. 242. Und auch im objektiven Verfahren muss man m. E. ebenso wie im Wiederaufnahmeverfahren post mortem die Rolle des Beschuldigten als vorhanden ansehen. Im ersteren Falle kann ein Täter, gegen den sich das Verfahren richtet, ohne Zwang als vorhanden angesehen werden; nur kann man ihm, weil man ihn nicht hat, nicht an Leib und Leben. Und im Verfahren post mortem erscheint mir die Möglichkeit nicht ausgeschlossen, den Beschuldigten — in der seine bürgerliche Ehre betreffenden Sphäre — als wiederaufgelebt zu denken. Ich gebe zu, dass man diesen Construktionen nicht unbedingt beistimmen muss. Dann sind in diesen Fällen eben Ausnahmen vom Prinzipe anzunehmen.

dass sie darin zu gleicher Zeit oder vorher oder nachher formell in einer anderen Rolle des Prozesses auftreten und (etwa als Zeugen) vernommen werden.[1])

Ein Zeuge ist eine vom Richter, den Parteien und Parteivertretern verschiedene Person.[2])

Alle anderen im Prozesse sonst noch handelnd auftretenden Personen: Beistand, Verteidiger, Vertreter, Nebenkläger, Zeuge, Sachverständiger u. s. w. sind Beiwerk; sie vertreten Nebenrollen und können fehlen, ohne dass der Prozess als solcher darunter leidet, auch ohne sie ist ein Prozess denkbar.[3])

Und die neben den Parteien auftretenden Personen werden nicht dadurch Partei, dass sie parteiische Interessen vertreten, oder dass ihnen mit Rücksicht auf diese Interessen mehr oder weniger gleiche Rechte wie den Parteien verliehen sind — Beistand, Nebenkläger. —

Denn besonders das erstere, das Vertreten eigener, parteiischer Interessen, unterscheidet sie m. E. nicht essentiell von der Person, um die es sich bei den vorliegenden Erörterungen im Wesentlichen handelt, von dem Zeugen. Ich bin der Ueberzeugung und eine aufmerksame Beobachtung der Praxis zeigt es, dass weitaus die meisten, um nicht zu sagen: alle, Zeugen, auch wenn sie kein äusserliches Interesse am Ausgange des Rechtsstreites haben, bewusst oder unbewusst mehr oder minder intensiv einem gewissen prozessualen Ziele zustreben, dass sie insofern mittelbare oder

[1]) v. Kries § 48; Rosenfeld Lehrb. § 53.

[2]) Es wird später darzulegen sein, dass es sich hier im wesentlichen darum handelt, welche im Prozesse auftretende Person zugleich formell in einer anderen Rolle — besonders der des Zeugen — auftreten und in dieser vernommen werden kann, ohne dass es der prozessualen Aufgabe der ursprünglichen Rolle zuwiderläuft, dass es etwas ganz verschiedenes ist: als Zeuge auftreten und vernommen werden und Person mit Zeugniskraft sein.

[3]) Vgl. hierzu Rosenfeld a. a. O. S. 154: Der Unterschied, den er zwischen der Behandlung des Privatklägers und Nebenklägers macht, beruht auf demselben Gedanken,

unmittelbare Interessen vertreten, ganz abgesehen von der grossen Zahl der Anzeigeerstatter — Schutzleute, Gensdarmen, denen im Falle der Freisprechung oft wirklich oder eingebildetermassen die grössten Nachteile drohen, u. a. —, Freunde, Verwandte, denen kein Zeugnisverweigerungrecht zusteht, Verletzten, Feinde u. s. w. Dass man überhaupt jedem Menschen, selbst wenn er wirklich rein von jedem Interesse an der Sache ist, die Fähigkeit einer wirklich objektiven Wahrnehmung und Wiedergabe des Beobachteten abzusprechen geneigt ist, sei hier noch ganz unberücksichtigt gelassen[1]).

Während also auch der äusserlich uninteressierte Zeuge meist oder vielleicht stets als parteiisch in dem angeführten Sinne angesehen werden muss, ist es dem mit der freien Beweiswürdigung ausgestatteten Richter einer Person gegenüber, die von vornherein in einer die Vertretung eigener Interessen offen an der Stirn tragenden Rolle vor ihn tritt, viel leichter, deren Aussage mit besonderer Vorsicht zu prüfen — auch wenn sie vereidet ist —, und schon vorher bei der Vernehmung ermahnend und vorhaltend im Interesse der Wahrheit zu wirken, als einem gewöhnlichen Zeugen gegenüber. Zudem brauchen solche äusserlich interessierte Personen nicht einmal notwendig »parteiisch« in dem angeführten Sinne zu sein[2]). Ich meine, ebensowenig wie z. B. der Staatsanwalt dadurch seine Parteistellung einbüsst, dass er »unparteiisch« wird, indem er für die Freisprechung des Beschuldigten eintritt, ebensowenig wird man dadurch zur Partei, dass man parteiisch ist.

[1]) Vgl. hierzu unten S. 25 ff. Ueberdies wird auf die trefflichen Erörterungen von Hanns Gross, Criminalpsychologie S. 238 ff. verwiesen, sowie auf die interessanten Untersuchungen bei Stern, Beiträge zur Psychologie der Aussage Heft 1–4. Ein näheres Eingehen auf diese schwierigen Fragen ist hier nicht am Platze.

[2]) Hierauf weist — für den Nebenkläger — Wolffing: Die rechtliche Stellung des Nebenklägers im deutschen Strafverfahren Breslau 1900 S. 67 zutreffend hin.

Parteiisch sein und Partei sein sind verschiedene Dinge.

Und was die Rechte anlangt, womit solche Personen ausgestattet sind, so mussten sie ihnen zu dem Zwecke verliehen werden, dass sie in den Stand gesetzt würden, ihre von der Rechtsordnung als berechtigt angesehenen egoistischen Ziele zu erreichen. Dass damit vom Gesetzgeber zunächst nichts anderes gewollt war, ergibt sich aus der Fassung der über diese Rechte getroffenen Bestimmungen und der Beobachtung, welche Rechte ihnen gerade fehlen.[1]) Bei richtiger Anwendung der freien Beweiswürdigung sind diese Rechte m. E. aber nicht im Stande, auf den Prozess und das darin erstrebte Ziel, materielle Wahrheit zu finden, irgendwie wesentlich einzuwirken, sodass man deshalb die damit ausgestatteten Rollen aus der Reihe der anderen Nebenpersonn herausheben dürfte.[2]) Ich halte es deshalb auch für unangebracht, Ausdrücke wie »Nebenparteien« oder etwa Parteigehilfen für sie zu verwenden und daran Folgerungen für unsere Fragen zu knüpfen.

Nach diesen Ausführungen ist es auf Grund der äusserlichen Struktur des Strafprozesses zunächst für die Rollen des Richters, des Anklägers und des Beschuldigten als unzulässig zu bezeichnen, dass sie in demselben Prozesse auch in anderen Rollen auftreten; und es wird sich weiter fragen, ob etwa bei dem weiteren Ausbaue des Prozesses in der Strafprozessordnung Bestimmungen entstanden sind, die ausdrücklich oder durch Auslegung erkennbar die Unvereinbarkeit der anderen Rollen miteinander aussprechen, oder etwa

[1]) Das nähere ist unten bei der Besprechung der Rolle des Nebenklägers zu sagen, die überhaupt bei dem oben gesagten im wesentlichen in Betracht kommt. S. S. 33 ff.

[2]) Auch nicht z. B. das Recht der Akteneinsicht: Die freie Beweiswürdigung in Verbindung damit, dass die Person von vornherein als »befangen« auftritt, ist ein ausreichendes Gegengewicht.

der Struktur des Strafprozesses zuwider die Vereinbarkeit der Hauptrollen mit den Nebenrollen bestimmen.[1])

Bevor ich zu der Besprechung der einzelnen Rolle übergehe, möchte ich als einen weiteren Satz, auf den meines Erachtens strafrechtliche Fragen — materieller und prozessualer Natur — in erster Linie Rücksicht zu nehmen haben, noch den Satz: in dubio pro reo hervorheben. Ich meine, dass dieser Satz nicht erst in der Praxis sondern schon bei theoretischen Entscheidungen und zwar auch bei Auslegungen von Bestimmungen der Prozessordnung in erster Linie zu berücksichtigen ist, soweit nicht die Grundsätze des Strafverfahrens entgegenstehen. Ich möchte diesen Satz nicht als dritten Grundsatz des Strafverfahrens bezeichnen, sondern nur als notwendige Ergänzung des Grundsatzes von dem Ziele des Strafprozesses, materielle Wahrheit zu erforschen. Die Unzulänglichkeit menschlicher Dinge, die Grenzen, die dem Richter als Menschen mit allen Beweismitteln als menschlichen Hilfsmitteln in der Erkenntnis der Dinge gesetzt sind, führen zu dem einzigen Kompromisse: in dubio pro reo. Von zwei Uebeln, dass entweder der Staat seinen Strafanspruch ganz oder zum Teile verliert, oder dass der Schuldige nicht bestraft oder zu gering bestraft wird, gilt nach modernem menschlichem Empfinden das zweite als das kleinere.

M. E. wird in der Litteratur, besonders auch bei der Behandlung der hier zu besprechenden Fragen, auf diesen Satz oft zu wenig Rücksicht genommen.

Jeder Angeklagte befindet sich in einer Zwangslage, mag er schuldig sein oder nicht, die nur nach den Umständen grösser oder geringer sein wird. Er muss dem Befehle des Gerichts vor ihm zu erscheinen Folge leisten, er hat

[1]) Eine derartige der Struktur des Prozesses entgegenstehende Bestimmung hätte die Strafprozessordnung, wenn nicht § 348 des Entwurfes III, § 303 des Entw. II gestrichen worden wäre, wonach der Privatkläger als Zeuge vereidet werden konnte. Denn nur ein Zeuge kann einen Zeugeneid schwören. Der Privatkläger wäre damit zum Zeugen geworden und die Parteirolle wäre so verloren gegangen.

sich, umgeben von Rechtsgelehrten, an feierlicher Stelle zu verantworten in einem Hause, das ihm schon Herzklopfen verursachte, wenn er früher vielleicht ganz unbelastet von der einem Beschuldigten drohenden Gefahr dahin kam; er muss die Angriffe des meist gewandteren rechtskundigen Staatsanwalts oder Vertreters der Gegenpartei »über sich ergehen lassen.« [1]) Und deshalb meine ich, der Satz in dubio pro reo ist zunächst zu berücksichtigen, nachdem die Grundsätze des Strafprozesses beobachtet sind; erst dann können Rücksichten anderer Art, wie z. B. die auf die Würde des Gerichts [2]), Platz greifen.

[1]) Vgl. hierzu bes. Bennecke u. Beling S. 112, 113
[2]) Vgl. hierzu E.R.G. Bd. 24 S. 107. S. auch unten S. 55.

II. Die einzelnen Prozessrollen.

1. Der Berufsrichter, Geschworene, Schöffe; Gerichtsschreiber.

a) Der Richter als Zeuge:

Dass der Richter nicht, solange er Richter ist, als Zeuge auftreten, als solcher vernommen und vereidet werden kann, und dann wieder seinen Platz als Richter einnehmen darf, das ist oben darzulegen versucht worden [1]).

Die Strafprozessordnung spricht das überdies in § 22 [5] noch ausdrücklich aus; danach ist der Richter von der Ausübung des Richteramts kraft Gesetzes ausgeschlossen, nachdem er in der Sache — d. h. Vorverfahren, Voruntersuchung oder Hauptverhandlung und auch in kommissarischer Vernehmung gemäss § 222 St.-P.-O. — als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist.

Den Richter, nachdem er seine Funktion als solcher niedergelegt hat, als Zeugen zu vernehmen, dem steht nichts entgegen. Die Forderung, materielles Recht zu suchen, verlangt es vielmehr; und gerade wer als Richter in der Sache tätig gewesen ist, wird sein Zeugnis mit besonderer Unbefangenheit und mit erhöhtem Werte für den Prozess abzugeben vermögen.

Anders gestaltet sich die Frage, ob die eigene Wahrnehmung des Richters Urteilsstoff sein darf. Hier handelt es sich nicht um das äusserliche Auftreten in der Rolle des

[1]) v. Kries S. 22. 349; Bennecke u. Beling S. 342, 343; Rosenfeld Lehrbuch S. 225. bes. Anm. 1.

Richters und des Zeugen, sondern um rein geistige Vorgänge, die nicht prozessual, sondern erst materiell im Urteile in Erscheinung treten.

Diese Frage ist de lege ferenda bestritten.

De lege lata ist sie dagegen m. E. durch § 249 St.-P.-O. entschieden. Denn dieser Paragraph bestimmt: Beruht der Beweis einer Tatsache auf der Wahrnehmung einer Person, so ist diese in der Hauptverhandlung zu vernehmen. Nach dieser Bestimmung kann die Wahrnehmung des Richters nur auf dem Wege seiner Vernehmung in das Urteil gelangen. Er muss also (wie gesagt unter Zurückstehen von der richterlichen Funktion) als Beweismittel formell auftreten[1]). Das private Wissen des Richters kann nicht Urteilsstoff werden[2]).

In der Literatur wird fast durchweg der § 260 der St.-P.-O. als diejenige Bestimmung angesehen, die die private Kenntnis des Richters von der Benutzung als Urteilsstoff ausschliesst[3]).

Dieser Paragraph bestimmt jedoch nur, dass die Entscheidung nur aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpft sein darf. Es handelt sich hier also nicht darum, wie der Beweis der Schuld oder Unschuld zu führen ist, sondern wo dies zu geschehen hat. Nicht von dem inneren Gefüge des Beweisfundaments, worauf das Urteil steht, ist hier die Rede, sondern davon, wo das Gefüge zu errichten ist. Von dem ersteren sprechen die §§ 248 bis 258 der St.-P.-O.

Man nehme z. B. zunächst den Fall, dass der Staatsanwalt eine Tatsache wahrgenommen hat, auf die es im Urteile ankommt. Er teilt von seinem Anklägerplatze das

[1]) Derselben Ansicht E.R.G. Bd. 26 S. 274 Zeilen 5 bis 10.

[2]) Selbstverständlich steht es anders bei dem richterlichen Augenscheine. Da ist nicht der Richter Beweismittel, sondern die in Augenschein genommenen Dinge sind es. Vgl. v. Kries S. 347.

[3]) So bes. Stein das private Wissen, insbes. S. 84 ff.; Bennecke und Beling S. 324; Ditzen i. Zeitschr. f. g. R. Bd. 10 gl. A. wie Verfasser. v. Kries S. 347 und Bennecke und Beling S. 250 u. vor allem Anm. 8; E.R.G. Bd. 26 S. 272.

dem Richter mit und gibt seine Wahrnehmung kund. Der Richter nimmt die Angaben entgegen, hört den Beschuldigten und nötigenfalls den Zeugen u. s. f. dazu und verwendet dann die Bekundung des Staatsanwalts als Urteilsstoff, ohne dass dieser als Zeuge aufgetreten war, vernommen und vereidet worden ist. Der ganze Vorgang ist Inbegriff der Verhandlung geworden; § 260 steht also einem derartigen Verfahren nicht entgegen. Wohl aber verbietet es § 249 St.-P.-O.[1]).

Ebensowenig schliesst § 260 St.-P.-O. das private zeugenschaftliche Wissen des Richters aus. Diese Bestimmung würde strenggenommen nur erfordern, dass der Richter in der Verhandlung von seiner Wahrnehmung Mitteilung machte, sie so in den Inbegriff der Verhandlung brächte und damit dem Angeklagten und den im Prozesse beteiligten Personen überhaupt die Möglichkeit gäbe, darüber zu verhandeln. Wenn in dieser Weise dem Beschuldigten Gelegenheit zu seiner Verteidigung und dem Staatsanwalte — Privatkläger, Nebenkläger — zur Wahrnehmung seiner Rechte gegeben worden ist, dann urteilt der Richter im Sinne von § 260 St.-P.-O. über die von ihm wahrgenommene Tatsache nicht mehr auf Grund seiner privaten Kenntnis, sondern »aus dem Inbegriffe der Verhandlung«. Seine anfangs private Kenntnis hat sich in eine aus dem Inbegriffe der Verhandlung geschöpfte richterliche Kenntnis verwandelt, genau als wenn ihm ein Zeuge die erste Kenntnis der Tatsache übermittelt hätte.

§ 249 St.-P.-O. aber schliesst, wie gesagt, die private Kenntnis des Richters aus und zwar, worauf schon hier hingewiesen werden soll, nur die Wahrnehmung einer Tatsache, nicht die Kenntnis eines Satzes, eines Erfahrungssatzes.

[1]) Denn diese Gesetzesstelle verlangt ein »Vernehmen« der Person, auf deren Wahrnehmung der Beweis einer Tatsache beruht, d. i. ein formelles Auftreten der Person vor den Schranken des Gerichts. Das kann in dem Kundgeben vom Stuhle des Staatsanwaltes aus nicht gefunden werden. Vgl. S. 32.

Und wenn auch die Motive zur St.-P.-O. — Entw. III zu § 211 bis 216 — ausdrücklich sagen: § 212 stellt die Regel auf, dass die Vorlesung von Protokollen oder schriftlichen Erklärungen an Stelle einer mündlichen Vernehmung nicht stattfinden dürfe, so geht der Wortlaut des ersten Satzes des § 249 doch viel weiter. Der zweite Satz dieses Paragraphen führt nur einen von den Fällen an, der als besonders hervortretende Zuwiderhandlung gegen den ersten Satz hauptsächlich verboten ist.

So trifft dieser Paragraph ebenso wie den oben angeführten Fall privater Wissensmitteilung des Staatsanwalts auch den Fall des Zeugen vom Hörensagen. Auch hier darf nach § 249 Satz 1 der Richter seine Ueberzeugung nicht auf die Aussage des testis ex auditu stützen, sondern er muss den Dritten, der die Tatsache wahrgenommen hat, als Zeugen vernehmen[1]).

Auch die Bestimmung des § 22[5] der St.-P.-O. ist nicht diejenige, die die private Kenntnis des Richters zeugenschaftliche oder sachverständige — ausschliesst[2]).

Denn diese Bestimmung will rein äusserlich diejenige Person von der Fähigkeit des Richters ausschliessen, bei der die Tatsache vorliegt, dass sie in der Sache bereits als Zeuge oder Sachverständiger vernommen ist.

[1]) Ders. M. Bennecke u. Beling S. 250, v. Kries 347; ders. i. Zeitschr f. g. R. Bd. VI 88 ff.; s. a. Ullmann S. 327. A. M. bes. Ditzen Zeitschr. f. g. R. X. S. 153 ff. Natürlich will die zustimmende Ansicht den Beweis vom Hörensagen nicht ausschliessen; er soll jedoch erst in zweiter Linie in Anwendung kommen, wenn der Wahrnehmungszeuge nicht oder nur ganz schwer zu erlangen ist; vgl hierzu Löwe zu § 68[4] u. die dort angef. Literatur.

[2]) Diese Ansicht hat Stein a. a. O. S. 84. Dagegen unterscheidet das Reichsgericht Bd. 26 der Entscheidungen — a. a. O. folgende Zeilen — sehr wohl so zwischen § 249 und 22[5], wie es im Texte dargelegt ist. S. a. E.R.G. Bd. 12 S. 180 ff.

b) Als Sachverständiger:

§ 249 der St.-P.-O. verlangt nur dann die Vernehmung einer Person, wenn der Beweis einer Tatsache auf deren Wahrnehmung beruht.

Mit dieser Fassung ist die Scheidung zwischen Zeugen und Sachverständigen getroffen: Auf Grund der «Wahrnehmung einer Tatsache» sagt der Zeuge aus, der Sachverständige gibt den Erfahrungssatz[1])[2]). Der Zeuge sagt über die reine sinnliche Anschauung aus, der Sachverständige trägt seine Kenntnis von Erfahrungssätzen vor, die sich auf eine grössere oder geringere Fachbildung stützen[3]).

Und das Kundgeben — oder Anwenden — [1]) von Erfahrungssätzen trifft § 249 der St.-P.-O. gerade nicht. Auch sonst ist in der Strafprozessordnung keine Bestimmung vorhanden, die den Richter hindert, selbst die Stelle des Sachverständigen zu ersetzen, wenn er sich durch seine Sachkunde für befähigt hält[4]). Nur die Bestimmungen der Paragraphen 87 und 91 der St.-P.-O. enthalten mit Rücksicht auf die Schwierigkeit der dabei in Rede stehenden Untersuchungen und die Schwere der dabei meist fraglichen Delikte besondere Ausnahmen; dort muss der Richter Sachverständige zuziehen. § 225 der St.-P.-O. trifft, wie bereits oben

[1]) Oder nach anderer Auffassung: er wendet einen Erfahrungssatz an. Vgl. Bennecke und Beling S. 364 f

[2]) Stein, das private Wissen passim.

[3]) Wenn gesagt wird, dass in jeder Aussage über etwas sinnlich wahrgenommenes schon ein Urteil liege, da der Mensch überhaupt nicht im Stande sei, rein geschautes rein, ohne subjektive Beigabe darzustellen, so ist das wohl richtig, aber der Unterschied zwischen Tätigkeit des Zeugen und sachverständiger Bekundung liegt darin, dass der Zeuge ein Ereignis, das sich historisch abgespielt, rein schildern will, woran er nur durch seine menschliche Unzulänglichkeit gehindert wird, während der sachverständig sich Aeussernde nur einen Erfahrungssatz zu geben beabsichtigt. Vgl. hierzu Bennecke u. Beling S. 363 u. die dort angeg. Literatur.

[4]) Vgl. hierzu v. Kries S. 381; Bennecke u. Beling S. 362 ff. u. die dort angegebene Literatur; Rosenfeld Lehrb. S. 237 ff.

ausgeführt, nur den Fall, dass der Richter als Sachverständiger vernommen worden ist, und § 260 St.-P.-O. ist aus demselben Grunde wie oben unter a angeführt, kein Hindernis gegen die Verwertung sachverständiger Wissenschaft des Richters.

Eine Bestimmung, die den Richter zwänge, in jedem Falle, wo es sich um die Erweisung eines Erfahrungssatzes handelt, einen Sachverständigen beizuziehen, wäre überhaupt nicht durchführbar.

Das Leben jedes Menschen in seinem Denken und Handeln baut sich jeden Augenblick auf im Allgemeinen oder im Besonderen unbewiesenen Vordersätzen auf, aus denen wir den Schluss für die Lebensführung, für unser Denken und Handeln ziehen. Und der Prozess, besonders der Strafprozess, soll nichts anderes sein, als ein auf den gewöhnlichen menschlichen Voraussetzungen und Bedingungen des Denkens und Handelns gegründeter Vorgang. Was das Leben uns an Erfahrung lehrt, damit wirtschaften wir im Leben, und es würde als absurd gelten, wollte man sich für einen uns bekannten Erfahrungssatz erst noch Rat bei einem Dritten, einem Sachverständigen, holen. Das wird man nur dann als nötig ansehen, wenn einem Zweifel in der Richtigkeit des Erfahrungssatzes beikommen. Und dies ändert sich auch nicht etwa dann, wenn der Erfahrungssatz auf besonderer wissenschaftlicher oder technischer oder handwerksmässiger Erfahrung und Sachkunde beruht; denn auch Wissenschaft und Technik und Handwerk sind nur höhere oder in besondere Richtungen gehende Stufen menschlicher Erfahrung. Und nur in seltenen Fällen wird es möglich sein, besonders in unserer Zeit, in der die Presse alle Errungenschaften, die Wissenschaft, Technik und Handwerk uns bringen, den Zeitgenossen bekannt und geläufig macht, zu unterscheiden zwischen einem Erfahrungssatze, den uns das allgemeine Leben in seinen verschiedenen Abstufungen von gänzlichem Ungebildetsein bis zur höchsten Bildung lehrt und einem solchen, der nur durch »besondere Sachkunde«, durch Fach-

bildung — etwa Studium der Medicin, technisches Studium, Erlernung eines Handwerks — erworben werden konnte. Wollte man für letztere Art von Erfahrungssätzen etwa die Zuziehung eines Sachverständigen verlangen, so würde die Folge sein, dass sich der Richter schliesslich jeden Augenblick der Gefahr des Vorwurfs aussetzte, sich eine «besondere Sachkunde» angemasst zu haben.

Jedesmal wenn der Richter überhaupt einen Erfahrungssatz anwendet, gleichviel, ob dieser ihm vom täglichen Leben gelehrt worden und es ein vielleicht dem Ungebildetsten geläufiger Satz ist oder ob er auf höherer allgemeiner Bildung oder auf Fachbildung beruht, jedesmal übt der Richter die Tätigkeit des Sachverständigen aus. Und der Sachverständige, von dem die St.-P.-O. §§ 82 ff., 225 u. a. ausdrücklich spricht, der Sachverständige »im engeren Sinne« kann für den Richter nur dann erforderlich werden, wenn es sich um die Uebermittelung eines Erfahrungssatzes handelt, auf den ihn bisher weder das tägliche Leben, noch seine allgemeine, noch seine Fachbildung geführt haben[1]).

Aus diesen Ausführungen ergiebt sich auch die Beantwortung der Frage, wieweit über einen Erfahrungssatz verhandelt werden muss. Die Folge des vorher gesagten ist, dass ein Zwang, über jeden Erfahrungssatz zu verhandeln, zu denselben Schwierigkeiten und Unmöglichkeiten führen müsste wie ein Zwang über jeden Erfahrungssatz einen Sachverständigen zu vernehmen. Es kann nur von Fall zu Fall entschieden werden, ob es zweckmässig erscheint, über einen solchen zu verhandeln, wenn er Urteilsstoff werden soll. Je allgemeiner bekannt und anerkannt ein Satz ist, desto weniger wird er besonderer Aussprache bedürfen, dagegen je mehr er auf spezieller Kenntnis besonderer Gebiete — Wissenschaft, Handwerk — beruht, desto eher wird ein näheres Eingehen auf ihn in der Verhandlung erforderlich werden. Zu beachten ist besonders, dass jeder Erfahrungs-

[1]) Gl. Ans. v. Kries S. 381; Stenglein zu § 73; E.R.G. Bd. 3 S. 176 f., Bd. 25 S. 326 ff. And. Ans. Löwe zu § 73 N. 2 a.

satz, auch der allgemeinste, trivialste bestreitbar und widerlegbar ist. Sobald also der geringste Zweifel an der Giltigkeit eines solchen Satzes in der Verhandlung auftaucht, sei es durch sach- und vernunftgemässes Bestreiten des Beschuldigten, oder sonstwie, dann wird natürlich eine Verhandlung und Feststellung darüber gemäss § 260 der St.-P.-O. erforderlich; denn dann verliert der Satz eben den Charakter des Erfahrungssatzes.

Es sei hier kurz noch über Notorietät und Gerichtskundigkeit gesprochen. Die allgemeinkundigen und gerichtskundigen Tatsachen[1]) sind nie Erfahrungssätze, sondern stets vor kurzer oder langer Zeit von bereits verstorbenen oder noch lebenden rein wahrgenommene Tatsachen im Sinne von § 249 der St.-P.-O. An sich bedürften sie also des Beweises. Aber die Notorietät, das Allgemeinbekanntsein wird gewissermassen als Surrogat eines exakten Beweises hingenommen. Und das rechtfertigt sich dadurch, dass es unvernünftig sein würde, etwas noch beweisen zu wollen, wenn kein vernünftiger Grund vorliegt, es in Zweifel zu ziehen.[2])[3]) Der Richter, der mit notorischen Tatsachen wirtschaftet, übt also nicht die Tätigkeit eines Zeugen aus, wie er bei Anwendung von Erfahrungssätzen Sachverständigentätigkeit ausübt. Wieweit notorische und gerichtskundige Tatsachen Gegenstand der Verhandlung sein müssen, gehört danach nicht in den Rahmen dieser Arbeit.

Durch dieses Handhaben eines Erfahrungssatzes wird der Richter natürlich nicht formell zum Sachverständigen. Nach dem in der Einleitung gesagten und übrigens durch § 22[5] der St.-P.-O. sind formell Richter- und Sachverständigenrolle unvereinbar.

[1]) Vgl. hierzu Bennecke u. Beling § 83 bes. S. 325.

[2]) So Entwurf zur preussischen St.-P.-O.

[3]) Es wird hier auf die treffenden und erschöpfenden Ausführungen bei Stein S. 138 ff. bes. S. 141 ff., 147, 148 verwiesen.

Am Schluss der Besprechung der Rolle des Richters möchte ich noch eine Bemerkung de lege ferenda machen.

Der Satz, dass der Richter niemals aus dem, was er ausserhalb der Verhandlung selber gesehen hat [1]), seine Ueberzeugung schöpfen darf, wird nach dem oben dargelegten als in § 249 St.-P.-O. ausdrücklich enthalten angesehen werden müssen.

Diese Beschränkung des Richters erscheint mir nicht erforderlich. Sie dient nicht dem Ziele des Strafprozesses, materielle Wahrheit zu erforschen, sondern wird den Richter gegebenenfalls unnötigerweise aufs unvorteilhafteste einschränken.

Der Grund zu dieser Beschränkung wird in der psychologischen Unmöglichkeit gefunden, bei eigener Zeugenstellung unparteiisch zu richten. [2])

Soweit überhaupt dieser Satz unanfechtbar ist, wird das in ihm ausgesprochene Bedenken durch andere in der Person des Richters liegende Verhältnisse derart aufgewogen, dass sich seine Nutzanwendung nicht rechtfertigt.

Der Satz ist eine Folge der Ansicht, dass kein Mensch eine Tatsache rein zu bezeugen vermag, wie sie sich (mathematisch, physikalisch oder chemisch) abgespielt hat. [3]) Jeder gibt danach nur ein Urteil ab über das, was er beobachtet

[1]) E.R.G. 16, S. 327 ff.

[2]) Stein das private Wissen S. 2 ff. u. die dort angeg. Lit.

[3]) Stein a. a. O.; Wendt, Beweis u. Beweismittel im Arch. f. d. civ. Pr. Bd. 63 S. 254 ff.: »Auch eigene Wahrnehmung giebt nichts als Wahrscheinlichkeit.« Ueberdies wird hierzu auf die interessanten Erörterungen und Untersuchungen bei H. Gross, Criminalpsychologie, besonders S. 238 ff., und bei Stern, Beiträge zur Psychologie der Aussage, Heft 1—4 verwiesen. Ein näheres Eingehen auf die dort behandelten ebenso interessanten als schwierigen Fragen ist hier nicht erforderlich.

hat. Jeder spielt sich mehr oder minder zum Richter über einen wahrgenommenen Vorgang ab, besonders wenn dieser das strafrechtliche Gebiet berührt. Und jeder hat, vielleicht in ganz geringem Masse, für einen Fall die oder die Sympathie, ganz abgesehen von persönlicher Sympathie. Und diese Sympathie geht nicht immer ganz gleich mit dem Charakter oder der Rechtsanschauung des Beobachtenden, sodass man etwa mit einiger Wahrscheinlichkeit von den vermutlich klarliegenden Charaktereigenschaften des Zeugen auf jene schliessen könnte. Sie wird vielmehr beeinflusst durch allgemeine grössere oder geringere Schärfe der Sinne, Laune u. s. f. Je gebildeter oder lebenserfahrener der Mensch ist, desto mehr wird er vielleicht im Stande sein, diese Subjektivität der Wahrnehmung zu verringern, ganz wird er sich nie davon freimachen können. Der erfahrene Richter wird nach Kräften diese Färbung zu erkennen und sie von dem Zeugnis hinwegzurechnen trachten.

Dies wird ihm seiner Ueberzeugung nach um so besser gelingen, je mehr er den Zeugen kennt. Diese Kenntnis kann ihm das Auftreten des Zeugen in der Verhandlung allein, oder der Vergleich seiner Aussage mit der anderer Zeugen über dieselbe Tatsache oder sonst irgend ein Umstand vermitteln. Aber immer wird das Hineinblicken in den Charakter des Zeugen nur den Wert einer mehr oder minder gerechtfertigten Vermutung haben. Wie oft geschieht es bei ganz gleichwertig erscheinenden, gleich »guten« Zeugen, dass der eine genau das Gegenteil von dem aussagt, was der andere bekundet, und beide »können es mit gutem Gewissen beschwören«!

Bei einem Richter, der stets ein gebildeter Mann ist, der im juristischen Denken und Anschauen geübter ist als der Laie und der wohl die Grenzen und Schwächen menschlicher Erkenntnisfähigkeit in seiner Tätigkeit oft selbst empfunden hat, bei ihm wird sich meines Erachtens die subjektive Färbung der Wahrnehmung und der späteren Wiedergabe des Wahrgenommenen — sei es durch Erzählen oder Wieder-

durchdenken auf das für Menschen geringstmögliche Mass verringern.[1])

Hält man dies mit der oben dargelegten Schwierigkeit oder Unmöglichkeit zusammen, den objektiven Gehalt einer Aussage eines dritten mit ausreichender Klarheit zu erkennen, so wird m. E. dadurch der Mangel mehr als wett gemacht, der nach dem obenangeführten Satze in der Beurteilung eigener Wahrnehmung durch den Richter liegen könnte. Ich möchte darauf hinweisen, dass auch im gewöhnlichen Leben derjenige, der einen Fall selbst beobachtet, am berufensten gilt, ihn zu entscheiden, nicht bloss darüber zu zeugen. Und das gewöhnliche Leben ist oft der beste Lehrmeister für den Strafprozess. Aehnlich liegt der Fall beim Schöffen und Geschworenen; nur dass hier meistens das Moment der Fähigkeit juristischen Wahrnehmens fehlen wird und nur darauf Gewicht zu legen ist, dass zu diesen Aemtern fast durchweg ernste, gewissenhafte und lebenserfahrene Leute genommen werden, denen eine möglichst unparteiische Beobachtung und Wiedergabe des Wahrgenommenen mehr zuzutrauen ist, als im allgemeinen einem durch den Zufall an den Richtertisch gestellten Zeugen.[2])

Die Schwierigkeiten, die sich einstellen würden, wenn dem Richter Gegenzeugen gegenüberträten, oder wenn nur einer vom Richterkollegium die Tatsache beobachtet hätte, halte ich nicht für unüberwindlich. Es würde hier zu weit

[1]) Wendt a. a. O. bes. S. 257: Alles Beweisen ist somit im wahren Sinne nur Glaubhaftmachen, weil die richterliche Ueberzeugung nur im Glauben des Richters besteht. Und sollte auch die Möglichkeit eigener Wahrnehmung des Richters noch gegeben sein, so mag für ihn wohl der Grad der Wahrscheinlichkeit bis zu vermeintlicher Gewissheit sich steigern; aber er macht auch dann nicht mehr als einen Wahrscheinlichkeitsschluss. Diese Worte scheinen mir von demselben Gedanken geleitet zu sein, wie er im Texte mitgeführt ist.

[2]) Für den Gerichtsschreiber kommen diese Auslassungen nicht in Frage, denn er ist ja in diesem Sinne bei der Urteilsfindung nicht beteiligt.

führen, Vorschläge in dieser Beziehung zu machen; es sei deshalb hier nur darauf hingewiesen, dass es m. E. materiell genügen würde, wenn ein solcher Richterzeuge seine Wissenschaft in der Hauptverhandlung kundgäbe und sie dadurch zum Gegenstande der Verhandlung machte.

Im Uebrigen kommt alles für den Richter gesagte auch für die Schöffen und Geschworenen in Betracht. Die §§ 31 und 32 der St.-P.-O. bringen die Bestimmung des § 22[5] der St.-P.-O. auch für sie zur Anwendung.

Ebenso wird der Gerichtsschreiber, der im Sinne dieser Ausführungen überhaupt nicht als eine mit einer der hier zu behandelnden Prozessrollen ausgestattete Person, sondern als Bestandteil des Gerichts zu betrachten ist, durch § 31 St.-P.-O. unter die Bestimmung des § 22[5] gebracht.

2. Der Privatkläger.

Der Privatkläger ist Partei[1]).

Er kann deshalb nicht als Zeuge auftreten[2]). Damit würde bei der Struktur des Strafverfahrens dem Prozesse die eine seiner drei Stützen entzogen werden.

Aber da nach dem Grundsatze freier Beweiswürdigung der Richter jede in der Hauptverhandlung ordnungsgemäss — d. h. nach den Bestimmungen der St.-P.-O., bes. der §§ 248 ff. und 260 — zu seinen Ohren gekommene Bekundung, gleichviel von welcher Seite sie kommt, gleichviel ob sie beeidet ist, oder nicht, als Urteilsgrundlage benützen darf

[1]) So Bennecke u. Beling S. 631. A. M. Rosenfeld Lehrb. S. 183, 168; Glaser II 219, Ullmann 220; Birkmeyer 324. Dort wird der Privatkläger nur als Parteivertreter u. der Staat als die von ihm vertretene Partei betrachtet.

[2]) Gl. A. Löwe zu § 424 Anm. 3; Stenglein zu dems. § Anm. 2; v. Kries Zeitschr. f. ges Str.-R.-W. Bd. 6 S. 138; Binding Grdr. S. 147; v. Schwarze S. 61; Kade, die Privatklage in den Strafprozessordnungen der Jetztzeit Berlin 1900 S. 21; Goltd. Arch. Bd. 38 S. 140; Rosenfeld Lehrb. S. 225. A. M. Puchelt S. 716.

und in ganz gleicher Weise benutzen muss, wie die beeidete Aussage eines formell vernommenen Zeugen, nur geleitet von seinem Rechte und seiner Pflicht freier Beweiswürdigung, so ergiebt sich die Wirkung, dass auch die Aussage des Privatklägers[1]) im Grunde genommen sich von einem Zeugnisse nicht unterscheidet.

Damit rechtfertigt es sich, wenn man auch die Aussage des Privatklägers unter den Begriff des Zeugnisses fasst[2]).

Nur zwischen Auftreten als Privatkläger und Auftreten als Zeuge besteht ein unvereinbarer essentieller Unterschied, nicht zwischen Charakter und Wert der Aussagen beider Personen für das Urteil[3]).

Dass der Richter die Aussagen des Privatklägers, besonders soweit sie den Angeklagten belasten, vernünftigerweise mit besonderer Sorgfalt prüfen wird, das unterscheidet sie nicht essentiell von denen des Zeugen; denn die Prüfungspflicht, die er diesen gegenüber hat, ist genau dieselbe[4]).

Mit dem Grundsatze freier Beweiswürdigung ist jede formale Unterscheidung zwischen beiden Aussagen gefallen[5]). — Und das Gegenstück der Aussage des Privatklägers ist, wie gleich hier erwähnt werden möge, die des Beschuldigten. Auch diese hat theoretisch dieselbe Beweiskraft wie eine formell abgegebene Zeugenaussage, auch sie untersteht keinem anderen Gesetze als dem, das dem Richter befiehlt, seine freie Beweiswürdigung walten zu lassen. Und der Umstand, dass der Richter die weitaus grösste Zahl der vom Beschuldigten vorgebrachten Aussagen mit besonderer Vorsicht

[1]) Soweit der Privatkläger überhaupt aussagen, nicht eine Parteibehauptung vorbringen will. Vgl. v. Kries S. 396.

[2]) Es erscheint nicht unangebracht, diese Art von Zeugnissen als Zeugnisse im weiteren Sinne zu bezeichnen, wie es Geyer b. Holtzend. I S. 266 ff. thut.

[3]) A. M. d. Obertribunal i. s. Entsch. Bd. 83 S. 377 ff.

[4]) Vgl. hierzu v. Kries a. a. O. bes. Seite 405.

[5]) Der Satz C. I. dig. XXII. 5 de testibus: nullus idoneus testis in re sua intellegitur ist durch die freie Beweiswürdigung zum alten Eisen geworfen.

prüfen und benützen muss, ist nur ein Ausfluss dieser seiner obersten Pflicht.

Wie wenig es gerechtfertigt ist, der Aussage eines Privatklägers geringeren Wert beizulegen, als der des als Zeugen auftretenden Verletzten, weil dieser seine Aussagen beschworen hat, das zeigt eine einfache Betrachtung aus der Praxis: Wie oft hängt es nur an einem ganz geringen Umstande, vielleicht an einer besonderen Ansicht, um nicht zu sagen Laune, des staatsanwaltschaftlichen Beamten, dass die Staatsanwaltschaft in einer Sache die öffentliche Klage übernimmt. Dann ist der Verletzte, der sonst als Privatkläger hätte auftreten müssen, vollkommen formeller Zeuge; er wird vernommen und vereidet. Und sein Zeugnis gibt, zumal im Sinne derer, die für Privatkläger oder Nebenkläger so gerne die Ausdrücke »verkümmerter und privilegierter Zeuge« gebrauchen, als »vollgültiges« Zeugnis, das in diesem Sinne nicht im geringsten verkümmert ist. Nicht verkümmert deshalb, weil der Verletzte hat schwören »dürfen«[1]). Wer wollte hier behaupten, dass die Parteilichkeit des Verletzten und trotz seines Eides der Verdacht, dass seine Angaben zu seinen Gunsten gefärbt seien, geringer sei, als wenn er seine Rechte als Privatkläger geltend machte?

Auf der angeführten Anschauung, die der in der Einleitung dieser Schrift dargelegten irrigen Ansicht über den Zweck und den Wert des Eides entspringt, beruht auch die oft zu beobachtende Bemühung von Rechtsanwälten, die Staatsanwaltschaft ganz unbegründetermassen zur Erhebung der öffentlichen Klage zu veranlassen; weil dann der Mandant schwören darf. Nein, bei sinnentsprechender Ausübung der freien Beweiswürdigung ist es eine unumgängliche, schwere Nachteile drohende Last, die auf dem Zeugen liegt, wenn er sein Zeugnis beeiden muss, nicht eine Vergünstigung, um die man ihn beneiden darf.

Wer im Strafprozesse nicht blos einen formalen Mechanismus sieht, sondern ein nach den Gesetzen menschlichen

[1]) Anders Preuss. St.-P.-O. § 260.

Denkens und Handels aufgebautes ernstes Drama, an dessen Schlusse die materielle Wahrheit zum Siege kommen soll, der kann einen inneren Unterschied zwischen Aussage des Privatklägers und Aussage des Zeugen nicht machen.

Das Obertribunal hat in seiner Entscheidung Bd. 83 S. 377 ff. die Möglichkeit verneint, dass ein Urteil allein auf die Aussage des Privatklägers gestützt werden könne. Den Hauptgrund dafür findet es darin, dass die für die Beweiswürdigung nötige Unterlage niemals in der Auslassung des Klägers gefunden werden könne; diese allein enthalte noch keine Beweisaufnahme. Zu dieser Auffassung gelangt es durch die Erwägung, dass in dem Verfahren auf erhobene Privatklage in Betreff der Strafverfolgung der Privatkläger die Stelle des Staatsanwalts vertrete; deshalb sei seine Erklärung ebensowenig wie die des Staatsanwaltes bei der öffentlichen Klage geeignet, den Grund der Klage zu beweisen.

Diese Schlussfolgerung erscheint mir unzutreffend, wenigstens für unsern Strafprozess.

Zunächst ist auch hier nicht zu vergessen, dass bei dem Grundsatze freier Beweiswürdigung alles Urteilsstoff werden kann und werden muss, was in der Hauptverhandlung ordnungsmässig — d. h. bes. nach §§ 249 ff., 260, 60 ff. der St.-P.-O. — in Erscheinung getreten, »Inbegriff der Verhandlung« geworden ist. Die Bekundungen des Privatklägers aber können, wenn § 416 St.-P.-O. nicht gerade einschlägt, nicht anders in Erscheinung treten, als als Aeusserungen einer Partei, ebensowenig wie die Angaben des Beschuldigten in anderer Form verwertbar sind. § 249 der St.-P.-O. kann seine Wirkung auf den Privatkläger — ebenso wie auf den Beschuldigten — nicht anders äussern, als dass er als Partei »vernommen« wird. Dieses Vernehmen als Partei muss man im Sinne freier richterlicher Beweiswürdigung und im Sinne des § 260 der St.-P.-O. als Beweisaufnahme gelten lassen, sei es, dass eine solche Vernehmung einer Partei allein vorliegt, oder dass auch Zeugen i. e. S. abgehört worden sind. Andernfalls dürfte auch ein Beschuldigter allein auf sein Ge-

ständnis hin nie verurteilt werden, auch wenn es noch so glaubhaft wäre[1]); denn da liegt ja auch nur eine Parteiäusserung vor. Während der Privatkläger Partei bleiben muss, kann sich der Staatsanwalt in einen Zeugen verwandeln. Er legt einfach die Anklägerrolle nieder und ein anderer tritt an seine Stelle; der Prozess leidet darunter nicht. Dieser Unterschied muss eine völlig verschiedene Beurteilung beider Rollen unbedingt zur Folge haben. Der Ausdruck »vernehmen« in § 249 fordert ein formelles Auftreten vor den Schranken des Gerichts, sei es als Partei oder als Zeuge. — Dieser § sagt nicht, dass eine solche Person »als Zeuge zu vernehmen« sei. — Wenn der Staatsanwalt etwa von seinem in gleicher Sphäre mit dem Richtertische stehenden Platze, gewissermassen ex cathedra accusatoris, eine für die Entscheidung massgebende Aussage abgäbe, so könnte man darin ein »Vernehmen«, ein Auftreten vor den Schranken des Gerichts, nicht finden; § 249 der St.-P.-O. wäre verletzt. Nicht dass eine Parteiaussage als Urteilsstoff verwendet würde, sondern dass einer nicht »vernommenen« Person Wahrnehmungen verwendet würden, wäre das Ungesetzliche; denn dem § 260 der St.-P.-O. würde es nicht widersprechen und dem Grundsatze freier Beweiswürdigung würde es sogar entsprechen, wenn auch die Erklärungen des Staatsanwalts als solchen ex cathedra Urteilsstoff würden; denn auch sie wären Inbegriff der Verhandlung.

Es hiesse der Gerechtigkeit und der freien Beweiswürdigung ein Schnippchen schlagen, wollte man aus einer Parallele, die man zwischen Staatsanwalt und Privatkläger zieht, darauf zukommen, den Privatkläger in einer den sonstigen Grundsätzen des modernen Strafprozesses widerstreitenden Weise zu behandeln. Nur eine in Formalismus und

[1]) Allerdings wird dies auch von manchen Seiten behauptet. Vgl. hierzu Bennecke u. Beling S. 377 Note 10 mit der dort angeführten Literatur. Der Meinung, dass das Geständnis allein nicht genüge, leistet die Praxis wohl durchgängig keine Folge u. m. E. mit Recht.

Aeusserlichkeiten aufgehende Betrachtungsweise kann dies tun. Dass in dem Falle, wo der Privatkläger allein dem leugnenden Beschuldigten gegenüber belastend auftritt, das Ergebnis für den pflichttreuen, vorsichtig prüfenden Richter bei Handhabung seiner freien Beweiswürdigung meist ein non liquet sein wird, schon weil er den Satz: in dubio pro reo in richtiger Weise zu Worte kommen lässt, das steht auf einem anderen Blatte.

Kann der Privatkläger nicht als Zeuge auftreten, so ist m. E. die notwendige Folge, dass er ebensowenig als Sachverständiger auftreten darf.

3. Der Nebenkläger.

Der Nebenkläger gehört nicht zu den Personen, die nach der Struktur des Strafprozesses diesen stützen, die für seinen Bestand erforderlich sind. Insoweit steht also seiner Vernehmung als Zeuge und seiner Vereidung nichts entgegen.

Aber fast in der gesamten reichhaltigen Literatur wird ihm Parteistellung eingeräumt;[1]) und er wird teils als Nebenpartei, teils als Parteigehilfe, oder auch als Parteivertreter,[2]) bezeichnet.

Meiner Ansicht nach ist das jedoch nicht zutreffend.

Der Nebenkläger ist meist parteiisch wie der Privatkläger, manchmal mehr manchmal weniger. Diese Parteilichkeit aber erhebt ihn, wie früher ausgeführt ist, nicht in Parteistellung.[3])

[1]) v. Kries S. 350, Bennecke u. Beling S. 646; Glaser II 217; Birkmeyer 305; E.R.G. S. 386. Zimmermann im G. S. Bd. 36 S. 497; Oppenheim. Wolffing, die rechtliche Stellung des Nebenklägers im deutschen Strafverfahren.

[2]) Bennecke S. 657 bezeichnet den Nebenkläger als Vertreter des Staates; Rosenfeld d. Nebenklage des Reichsstrafprozesses Berlin 1900: Nebenkläger ist sekundärer Parteivertreter; ebenso Rosenfeld Lehrbuch S. 189.

[3]) Dass der Nebenkläger nicht immer parteiisch zu Ungunsten des Beschuldigten zu sein braucht, darauf eist Rosenfeld S. 67 richtig hin. Vgl. hierzu S. 12 dieser Abh.

Da die Parteilichkeit des Nebenklägers als berechtigt anerkannt wird, so hat ihm die Strafprozessordnung eine Anzahl prozessualer Rechte verliehen, die es ihm ermöglichen, seine egoistischen Ziele gegen den Beschuldigten zu verfolgen. Ohne diese Rechte würde ihm das nicht gelingen.

Aber diese Rechte erheben den Nebenkläger ebenfalls nicht in die Stellung einer Partei. Mag es vielleicht der Gesetzgeber gewünscht haben, ihm diese Eigenschaft zu verleihen, mag es in seinem Sinne gelegen haben, seine Stellung analog der des Privatklägers oder Staatsanwalts zu gestalten[1], nach der Gesamtheit der in der Strafprozessordnung über den Nebenkläger gegebenen Bestimmungen ist ihm das nicht gelungen. Das Gesetz will das nicht.

Allerdings sagt § 437 der St.-P.-O., der Nebenkläger habe »die Rechte« des Privatklägers; und ebenso ist es richtig, dass § 424 a. a. O. bestimmt, das Privatklageverfahren richte sich nach den Bestimmungen, die für das Verfahren auf erhobene öffentliche Klage gegeben sind.[2])

Aber wenn der Nebenkläger die Rechte geniesst, die dem Privatkläger zustehen (oder vielmehr tatsächlich nur eine Anzahl dieser Rechte), so braucht ihm deshalb noch nicht die Stellung, der Charakter des Privatklägers zuzukommen; das ist weder dasselbe noch die notwendige Folge. Es ist im gewöhnlichen Leben äusserst oft der Fall, dass jemandem Befugnisse einer Stellung verliehen werden, ohne dass damit diese Stellung selbst eingeräumt wird, oder werden sollte. Ja es haben oft ganz verschiedene Stellungen genau dieselben Rechte zum Zwecke der Ausübung der damit verbundenen Tätigkeit, und erst in dieser Tätigkeit zeigt sich die Verschiedenheit der Stellungen. Besonders oft wird es aber auch noch so liegen, dass bei scharfem Zusehn gerade der einen Stellung Rechte fehlen, die die andere besitzt, und dass sich gerade dadurch der Unterschied zwischen

[1]) So besonders Rosenfeld die Nebenklage S. 127 ff. und Wolffing a. a. O. S. 63 ff.

[2]) Vgl. bes. die Ausführungen b. Rosenfeld a. a. O.

beiden äussert. Und so fehlen m. E. dem Nebenkläger gerade mehrere Rechte, die in besonderem Masse Ausfluss der Parteistellung des Privatklägers und für diese unerlässlich sind. Diese Ausnahmen bestimmt besonders der § 438 der St.-P.-O. Nach diesem Paragraphen übt der Anschluss des Nebenklägers keinen Einfluss auf den Fortgang des Verfahrens aus; Hauptverhandlungen und andere Termine finden statt, auch wenn der Nebenkläger wegen Kürze der Zeit nicht mehr geladen oder benachrichtigt werden kann. Und das geschieht, wenn es auch noch so sehr gegen das Interesse des Nebenklägers verstösst, oder zum Schaden der materiellen Gerechtigkeit ausschlägt. Gewiss sind diese Bestimmungen gut und nützlich; aber ihre Einführung nimmt oder schmälert aufs erheblichste dem Nebenkläger m. E. gerade das Hauptrecht, das einer Partei als solcher im Strafprozesse zusteht und zustehen muss: sachgemässen Einfluss auf den Gang des Prozesses zu üben, auch wenn es für das Verfahren noch so unbequem ist.[1]) Ich meine, dass dieser Mangel an einem vom Parteibegriffe untrennbaren Rechte dahin führen muss, dem Nebenkläger die Parteistellung abzusprechen. Weitere wichtige Ausnahmen von Rechten, die an sich mit der Parteistellung verbunden sind, enthalten die §§ 437 Abs. 2, 439 St.-P.-O. Sich über diese Abweichungen damit hinwegzuhelfen, dass man dem Nebenkläger einfach die Bezeichnung »Nebenpartei« beilegt, das halte ich nicht für genügend.

Und m. E. wird das Gesagte dadurch unterstützt, dass dem Nebenkläger fast alle Pflichten fehlen, die man sonst gemeinhin bei einer Person vereinigt findet, die mit Parteistellung ausgerüstet ist.[2]) Man mag sich in dem Streite, ob

[1]) Man vergesse dabei nicht, dass es durchaus nicht an einem bösen Willen, etwa einer Verschleppungsabsicht des Nebenklägers, oder an einer Nachlässigkeit zu liegen braucht, wenn er zu spät in das Verfahren eintritt.

[2]) S. hierzu Stenglein Ger.-S. Bd. 35 S. 300 ff.: dort wird im Einzelnen zutreffend ausgeführt, dass der Nebenkläger keine Pflichten hat. Auch werden dort die beiden Ausnahmen davon hervorgehoben (S. 308.) S. a. Rosenfeld Lehrb. S. 190.

Parteistellung ohne Pflichten denkbar ist, oder nicht, auf welche Seite man will stellen, aber das darf wohl füglich behauptet werden, dass das Fehlen fast jeder Pflicht beim Nebenkläger nicht dazu beiträgt, seine Anwartschaft auf die Parteiwürde zu kräftigen, die er schon durch den Mangel wesentlicher Rechte verscherzt hat. Ich halte diesen Mangel an Pflichten mindestens für ein wichtiges Symptom dafür, dass dem Gesetze nicht der Wille innewohnt, den Nebenkläger als Partei behandelt zu sehen.

Ich glaube mit Stenglein, dass die Nebenklage überhaupt keine Klage im prozessualen Sinne, sondern nur eine Anschlusserklärung an die bereits erhobene Klage zum Zwecke der Geltendmachung prozessualer Rechte ist[1]), und bin der Ueberzeugung, dass bloss der Ausdruck Nebenklage manchen zu abweichender Auffassung verführt, obgleich die Strafprozessordnung selbst immer nur von Anschlusserklärung spricht.

Das Gesetz hat im Nebenkläger schliesslich ein ganz eigenartiges, von allen andern prozessualen Charakteren sich unterscheidendes Gebilde geschaffen, das einer Anpassung an die Parteirollen widerstrebt.

Wenn Stenglein a. a. O. S. 277 sagt, der Nebenkläger erscheine »nur bedingt als Prozesspartei«, und weiter, er müsse nach Anerkennung seiner Berechtigung zum Anschlusse in formeller Richtung (!) stets als Prozesspartei behandelt werden, um ihm Gelegenheit zu geben nach Gutdünken von seinen Rechten Gebrauch zu machen oder nicht,« so will er damit nur die aus seinen Rechten für das Gericht sich praktisch ergebende Folge bezeichnen, ihn äusserlich nach Art einer Partei zu behandeln. Im Grunde genommen spricht

[1]) Stenglein a. a. O. S. 272 u. 295, auf die dortigen Ausführungen wird hierzu verwiesen; a. M. Oppenheim die Nebenklage S. 11; Zimmermann Ger.-S. Bd. 36 S. 497 ff. und Osterrieth der Nebenkläger als Zeuge Diss. Göttingen 1897 S. 17 ff., 26 ff., 31 ff.

er ihm die Parteistellung ab; und er tritt deshalb für seine Vernehmung als Zeuge und Vereidung ein.[1])

Soll ich eine Definition der Rolle des Nebenklägers formulieren, so möchte ich sagen: Er ist eine den Gang des Prozesses verfolgende Person ohne Parteistellung, der wegen ihrer vom Gesetze anerkannten Parteilichkeit Rechte verliehen worden sind, die sie befähigen, neben dem Gange des Verfahrens einherzulaufen und den Staatsanwalt oder das Gericht zum Vorgehen gegen den Beschuldigten zu reizen, sit venia verbo: Gericht und Staatsanwalt auf ihn zu hetzen.

Der Vernehmung des Nebenklägers und seiner Vereidung steht danach nichts entgegen.[2])

Dass er durch seine Vereidung nicht »privilegierter« Zeuge wird, ist bereits früher darzulegen versucht worden. Gerade ihm gegenüber, der offen als parteiisch auftritt, wird es der richterlichen Beweiswürdigung leichter werden, seine Aussagen auf das rechte Mass zurückzuführen, als es bei einem andern Zeugen meist der Fall sein wird.

Nach diesen Ausführungen darf man sich in den Einzelheiten der Begründung des in den Entscheidungen des Reichsgerichts Bd. 2 S. 284 ff. abgedruckten Erkenntnisses der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts unbedenklich anschliessen.[3])

Zuzugeben ist, dass die Vereidung der Nebenkläger die Zahl der Meineide voraussichtlich vergrössern wird. Aber erstens ist diese Gefahr nicht grösser wie bei jedem Zeugen,

[1]) Auch die Worte Bindings Grdr. S. 147: Der Nebenkläger, »der jedenfalls für den Strafprozess nicht selbstständige Partei ist«, scheinen einer ähnlichen Auffassung zu entspringen.

[2]) Gl. M. Ullmann S. 555; v. Kries S. 215, 350; Löwe zu § 437 Anm. 1 b; Stenglein zu § 437 Anm. 3; Bennecke S. 660; Bind. Grdr. S. 147; E.R.G. Bd. 2 S. 384 ff.; Rechtspr. Bd. 2 S. 381; Osterrieth, Oppenheim, Rosenfeld a. a. O.; Wolffing a. a. O.; Rosenfeld Lehrb. S. 189. A. M. Bennecke u. Beling S. 343; Zimmermann Ger. S. Bd. 36 S. 497 ff.; E.R.G. Bd. 2 S. 174.

[3]) Zwar wird dort gesagt, der Nebenkläger habe Parteistellung, aber für das Gesamtergebnis ist das ohne Einfluss.

der der Sache nicht ganz unparteiisch gegenüber steht, und zweitens muss diese praktische Erwägung dem höheren Grunde weichen, dass es Aufgabe des Strafprozesses ist, die Wahrheit zu finden und dass dieser Aufgabe mit der Vereidung der Nebenkläger gedient wird.[1] [2])

Theoretisch stände nach dem Ausgeführten auch nichts im Wege, den Nebenkläger als Sachverständigen zu vernehmen. Aber dieser soll unparteiisch sein — vgl. § 79 St.-P.-O. — und das ist der Nebenkläger wohl kaum jemals, wenigstens wird man stets das Gegenteil annehmen müssen. Und so ergibt sich für den Richter die Pflicht, niemals einen Nebenkläger als Sachverständigen auszuwählen, oder wenn er ihn ausgewählt hat, ihn nicht zu behalten. — Vgl. § 73 St.-P.-O. —

4. Der Staatsanwalt.

Fast durchweg wird als anklagende Partei im Strafprozesse der Staat angesehen und der Staatsanwalt nur als sein Organ oder sein Vertreter bezeichnet[3]).

Diese Auffassung beruht auf der Behauptung, nur der habe Parteistellung, dessen eigene Ansprüche und Verpflichtungen im Prozesse geltend gemacht würden[4]). Dass aber

[1]) Dass der Nebenkläger auch nur als solcher vernommen werden könne, wie v. Kries i. Zeitschr. f. ges. St.-R.-W. Bd. 6 S. 138 meint, das erscheint mir nunmehr mit Rücksicht auf § 249 St.-P.-O. nicht mehr für zulässig, wenn es sich um Zeugenaussage handelt.

[2]) Wenn Rosenfeld a. a. O. meint, die Funktion des Nebenklägers während seiner Vernehmung als Zeuge sei suspendiert, so geschieht dies deshalb, weil er eben dem Nebenkläger Parteistellung beimisst. Da nach der hier vertretenen Ansicht ihm diese Stellung fehlt, so tritt auch diese Suspendierung nicht ein.

[3]) So Bennecke u. Beling S. 111, 112; 270 ff. 246; (der Ausdruck »Organ« des Staates ist bes. S. 272 — für die Verwaltungsbehörde 672 — gebraucht); v. Kries S. 168; Rosenfeld Lehrbuch S. 165 f.

[4]) Vgl. dazu bes. Wach Handbuch des Civilprozessrechts I S. 518; v. Kries S. 168.

dies nicht unbedingt zutrifft, ergibt schon ein Blick auf § 265 der C.-P.-O. Und was dort für den Civilprozess gilt, muss man m. E. mindestens ebensosehr für den Strafprozess gelten lassen. Es ist zu unterscheiden zwischen dem »materiellen« und dem formellen Parteibegriffe[1]). Und ich meine, im Strafprozesse tritt dieser allein in den Vordergrund.

Und zwar muss man m. E. die formelle Parteistellung des Anklägers schon dem zusprechen, der die Sache vor den Richter bringt und sie vor ihm vertritt, nicht blos dem, der das Strafverfolgungsrecht hat[2]), denn der Parteibegriff im prozessualen Sinne ist prozessrechtlich zu bestimmen durch das »Auftreten im Prozesse« einem Gegner gegenüber, durch »Verfügen über die Formen und Mittel des Prozesses« unter Prozessleitung des Gerichts[3]). »Partei im prozessualen Sinne ist eine Person, welche berechtigt ist, den Angriff oder die Abwehr in einem Prozess aus eigener Entschliessung durch prozessuale Handlungen zu beeinflussen[4]).«

Dementsprechend ist formell, prozessual, nicht der Staat Partei im Strafprozesse, dies ist vielmehr m. E. der Staatsanwalt, der im Prozesse auftritt[5]).

Dies Ergebnis wird dadurch nicht erschüttert, dass nicht der Staatsanwalt, sondern der Staat zur Zahlung

[1]) Vgl. bes. Bennecke u. Beling S. 245, 246, worauf verwiesen wird.

[2]) Nur in dem letzteren Umfange Bennecke u. Beling S. 246.

[3]) So Birkmeyer S. 295. Nur bleibt m. E. im Gegensatze zu Birkmeyers dort geäusserter Ansicht der Beschuldigte formell und prozessual auch dann »Gegner« des Anklägers, wenn dieser nicht zu Ungunsten des Beschuldigten auftritt; denn sonst käme man zu der Möglichkeit, dass ein Prozess zu Bruchteilen Parteiprozess wäre, zu anderen Teilen nicht.

[4]) So zutreffend Heinze Golt.-Arch. Bd. 24 S. 269.

[5]) Gl. M. H. Meyer in krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgbg. u. Rechts-Wissensch. Jahrg. 1899 3. Folge Bd. 5 S. 103. Er meint, so wie Heinze und wohl auch Birkmeyer zweifellos den Staatsanwalt selbst, nicht das staatsanwaltschaftliche, als solches handlungsunfähige, Institut der Staatsanwaltschaft. Aehnlich Suess, die Parteien im modernen Strafprozess Wien 1898 u. W. Mittermaier die Parteistellung der Staatsanwaltschaft bes. S. 160 ff.

der Kosten verurteilt wird, wenn der Staatsanwalt unterliegt. Denn ich halte die Kostenpflicht nicht für essentiell für die (formelle) Parteirolle, sie geht nur neben dem Wesentlichen des Prozesses her und es ist recht und billig, wenn man dem materiell Interessierten die Kosten auferlegt. Auch die Succession eines Staatsanwalts an Stelle eines früheren bietet m. E. keine Schwierigkeit gegen die obengegebene Anschauung: So gut wie der erste Staatsanwalt durch das allgemeine Gesetz und seine Anstellung in das Amt des Anklägers im konkreten Falle gekommen ist, so der zweite und so fort.

Ist aber der Staatsanwalt selbst Partei, so verliert er mit seiner Vernehmung als Zeuge die Fähigkeit, Ankläger zu sein.[1]) Und er kann dieses Amt in diesem Prozesse nicht weiter ausüben.

Das Reichsgericht hat die Gründe, die überdies gegen eine Vernehmung des Staatsanwalts als Zeuge sprechen, zutreffend und erschöpfend dargelegt[2]). Es führt aus, dass es der Stellung des Staatsanwalts als öffentlichen Anklägers nicht entspreche, wenn er unter die Botmässigkeit des Gerichts trete, der der Zeuge unterstehe. Der Staatsanwalt habe nach den Gesetzen selbständig bei der Verfolgung strafbarer Handlungen mitzuwirken. Ueberdies sei es ausgeschlossen, dass der Staatsanwalt, der als Zeuge vernommen worden sei, in objektiv unbefangener Weise in der Schlussausführung über die Schuldfrage, die Glaubwürdigkeit der Zeugen und das Gewicht ihrer Aussagen erörtern könne wie es seine Pflicht sei, wenn seine eigene Person und seine eigenen Aussagen in Frage ständen.

Da der Staatsanwalt ohne weiteres auswechselbar ist, so bietet sein Ausscheiden aus der Stellung des Anklägers glücklicherweise keine Schwierigkeiten.

[1]) Gl. M. Binding Grdr. S. 147; E.R.G. Bd. 29 S. 236 ff.; Glaser S. 478, 479; Rosenfeld Lehrb. S. 225. Anm. 1. A. M. Bennecke u. Beling. Dort wird gesagt: Nach Abstattung des Zeugnisses kann der Staatsanwalt wieder in seine Stelle einrücken.

[2]) E.R.G. Bd. 29 S. 236 ff.

Das Ergebnis, dass der als Zeuge vernommene Staatsanwalt die Fähigkeit verliert, die Anklage weiter zu vertreten, ist um so willkommener, als es zweifellos sehr wenig pro reo ginge, wenn derjenige, der vorher als Zeuge vernommen worden ist, später wieder die mit den weitgehendsten Rechten ausgestattete Rolle des Anklägers übernehmen und als solcher diese Rechte gegen ihn gebrauchen könnte. Das müsste nicht nur das Gefühl des Beschuldigten, sondern die menschliche Empfindung überhaupt verletzen.

Dieser Erwägung geben auch die Worte der angezogenen Reichsgerichtsentscheidung Seite 236 Zeilen 9 ff. Raum: »Eine solche Vereinigung der Stellungen des Zeugen und des öffentlichen Anklägers in einer Person widerstrebt schon dem natürlichen Gefühle, sie ist aber nicht bloss unangemessen . . . .

Andererseits liegt natürlich dagegen kein Grund vor, den Staatsanwalt, nachdem er als solcher aufgetreten war, als Zeugen zu vernehmen und zu vereiden. Die dem Prozesse gestellte Aufgabe, materielle Wahrheit zu erforschen, verlangt es sogar.

5. Der Beschuldigte.

a) Der Beschuldigte überhaupt:

Der Beschuldigte ist Partei. Sein Auftreten als Zeuge ist deshalb ausgeschlossen.[1] [2])

[1]) Gl. Ans. Rosenfeld Lehrbuch S. 225.

[2]) Ueber den Unterschied zwischen Parteibehauptung und Aussage des Beschuldigten s. Bennecke u. Beling S. 373: »Man muss sich vergegenwärtigen, dass Hauptzweck der Vernehmung des Beschuldigten nicht Beweiserhebung ist, sondern Verschaffung der Gelegenheit zur Geltendmachung seiner prozessualen Parteirechte. Wenn seine Aussagen gleichzeitig zum Beweise mit beitragen, so ist dies gewissermassen nur eine Nebenwirkung.« Hierzu v. Kries S. 396 u. Löwe zu 243 Anm. 3 a.

Aber der Beschuldigte ist, soweit er aussagt, ebenso Beweismittel, wie der Zeuge; seine Aussage ist für den urteilenden Richter begrifflich ebenso verwendbar wie die des Zeugen. Und insofern ist der Unterschied zwischen Zeugen und Beschuldigten nur ein äusserlicher. [1])

Dass der Beschuldigte in den meisten Fällen ohne Rücksicht auf die Wahrheit aussagen wird, um sich zu verteidigen, und dass deshalb seiner Aussage gegenüber gemeinhin eine besondere Vorsicht am Platze ist, das ist auch hier nur ein Umstand, der bei der freien richterlichen Beweiswürdigung in Erscheinung tritt, oder treten kann; das unterscheidet seine Aussage nicht essentiell von der des Zeugen. Danach darf man auch keinen inneren Unterschied in den Aussagen des Beschuldigten darauf gründen, ob er zu seinen Gunsten oder Ungunsten aussagt. [2])

b) Der Mitbeschuldigte:

Hier ist zu unterscheiden zwischen dem Falle, dass der eine Mitangeklagte an der Tat des andern ganz unbeteiligt ist und dem Falle, dass beide Teilnehmer an der Tat sind.

Es sind hier drei Ansichten vertreten:

Die eine will, selbst wenn Teilnahme an einem Verbrechen vorliegt, den Mitangeklagten nur insoweit als Partei behandelt wissen, als er über seine eigene Tat aussagt, will ihn dagegen als Zeugen vernommen haben, sobald er in der Richtung gegen den andern Mitbeschuldigten sich äussert. Liegt Teilnahme überhaupt nicht vor, sondern nur prozessuale Verbindung der Angeklagtenrollen, dann ist nach dieser Ansicht formelle Vernehmung und auch Vereidung des anderen Mitangeklagten überhaupt ausser Zweifel. [3])

[1]) Vgl. hierzu v. Kries 349 f., 394 ff., 404; Bennecke u. Beling S. 373 ff., Glaser 604; Binding Grdr. S. 147; Stenglein zu § 186 und die dort angeg. Lit.; Rosenfeld Lehrbuch S. 225.

[2]) v. Kries Zeitschr. f. ges. St.-R.-W. Bd. 6 S. 135 ff. Lehrb. S. 395.

[3]) So Bennecke u. Beling S. 344.

Die in der Mitte stehende Ansicht will den Mitbeschuldigten insoweit als Zeugen vernommen haben, als er nicht Teilnehmer an der Tat, sondern nur prozessual nach § 236 der St.-P.-O. am Prozesse beteiligt ist.[1])

Die dritte Meinung schliesst den Mitbeschuldigten überhaupt vom Auftreten als Zeugen aus.[2])

Zu dieser Frage ist wieder hervorzuheben, dass ein innerer Unterschied zwischen Zeugenaussage und Parteiaussage für die freie Beweiswürdigung nicht besteht. Der Streit dreht sich also im Erfolge nur um das Auftreten des Mitbeschuldigten als Zeugen, sowie darum, ob er vereidet werden muss oder nicht und ob sein Zeugnis erzwungen werden kann.

Es ist hier m. E. der dritten Ansicht beizutreten, auf die das Reichsgericht in seiner Entscheidung vom 9. Mai 1882 zukommt.[3]) Dieses Erkenntnis beruht »auf der strengen Unterscheidung der Angeklagten und der Zeugen, die in der inneren Natur des Strafprozesses liegt.« Das Reichsgericht sagt, »die Angeklagten und Zeugen hätten grundsätzlich so verschiedene Stellungen, dass ihre Vereinigung in einer und derselben Person für dasselbe Strafverfahren durchaus unstatthaft wäre.«

Das ist unbestreitbar und auch den übrigen Ausführungen dieser Entscheidung des Reichsgerichts ist m. E. im Wesentlichen zuzustimmen.

Aber den meiner Ansicht nach entscheidenden Grund bringt das Erkenntnis erst am Schlusse. Diesen entscheidenden Grund finde ich in dem inneren Interesse des Mitangeklagten am ganzen Prozesse.

Zwar ist Angeklagter an sich ein relativer, kein absoluter Begriff; d. h. Angeklagter ist jemand nur hinsichtlich seiner eigenen Tat und soweit es sich um Taten anderer handelt,

[1]) So Bennecke S. 308, Binding Grdr. S. 147.

[2]) So E.R.G. 6 S. 279; Glaser I S. 472, v. Kries 349 u. i. Zeitschr. f. ges. St.-R.-W. Bd. 6 S. 139; Ullmann S. 365; Geyer b. Holtzendorf I. 266. Rosenfeld Lehrbuch S. 225.

[3]) E.R.G. Bd. 6 S. 279 ff.

steht er an sich — äusserlich — nicht als Angeklagter da. Im ersteren Falle, wo die Mitangeklagten Teilnehmer an demselben Verbrechen sind, sind sie materiell und prozessual, innerlich und äusserlich, Streitgenossen, während in den Fällen, wo Teilnahme nicht vorliegt, ihr Verhältnis rein prozessual, äusserlich, ist. Im letzteren Falle sind theoretisch zwei verschiedene Prozesse vorhanden, die nur aus äusserlichen Gründen in ein Verfahren gebracht worden sind. Und insofern ist hier theoretisch der Beschuldigte der einen Tat nicht Mitbeschuldigter des der anderen Tat angeklagten.

Aber ich meine gerade der äusserliche Umstand, dass ein Verfahren gegen beide schwebt, dasselbe Verhängnis sich gegen beide gewendet hat, muss hier entscheiden. In jedem Strafverfahren ist der Angeklagte Gegner der ihn verfolgenden Mächte, er ist Partei und zwar theoretisch und praktisch. Er hat das Bestreben seinem Gegner, als den er übrigens nicht bloss den Staatsanwalt, sondern gemeinhin auch den Richter ansieht, in der Erreichung seines Zieles den möglichsten Abbruch zu tun, ihm in jeder möglichen Weise hinderlich zu sein. Und in diesem Bestreben fühlen sich sämtliche Angeklagte gemeinsam als eine Partei gegen die andere, die strafeheischende, »ihr Interesse in prozessualer Beziehung ist der Regel nach[1]) fast durchweg ein gemeinschaftliches, wie das angegebene Erkenntnis des Reichsgerichts sagt. Im gewöhnlichen Leben bringt gleiche Gefahr die Menschen zusammen und im Strafprozesse ist es nicht anders. Und nur wenn einer der Angeklagten sich dadurch entlasten zu können denkt, wird er dieses Getühl gemeinsamer Interessenvertretung hintansetzen. Dann wird aber seine Aussage voraussichtlich wieder rücksichtsloser ausfallen, als es die materielle Wahrheit vertragen mag.

Also jeder Angeklagte fühlt sich für den ganzen Prozess als Partei. Insofern ist Angeklagter ein absoluter Begriff.

[1]) M. E. in »prozessualer« Beziehung immer, mag die materielle Seite gestaltet sein, wie sie will.

Subjektiv fühlt er sich dem ganzen Verfahren gegenüber als Angeklagter. Das wird auch nicht durch die Erwägung geändert, dass durch einfache Trennung der verbundenen Verfahren dieser Zustand beseitigt werden kann.[1]) Denn dann ist eben nicht mehr ein Prozess da und dann sind die Mitbeschuldigten eben nicht mehr Genossen eines Streites, dann bedroht sie nicht mehr dieselbe Gefahr, die sie zusammengeführt hat zu Interessengemeinschaft. Es wirken hier eben rein äusserliche Tatsachen und Verhältnisse zu stark auf das Gefühl des Betroffenen ein, als dass ihnen nicht ganz besonders Rechnung getragen werden müsste.

Danach ist die Vernehmung des Mitbeschuldigten als Zeugen, seine Vereidung und die Möglichkeit sein Zeugnis zu erzwingen in demselben Prozesse nicht angängig, gleichviel ob eine oder verschiedene Taten in Frage sind.[2])

Zweifellos würde bei richtiger Handhabung der freien Beweiswürdigung in der Vereidung des Mitbeschuldigten keine Gefahr für die materielle Wahrheit liegen, es würde ihr im Gegenteil in manchen Fällen sogar gedient werden. Denn es ist nicht zweifelhaft, dass in einer Anzahl von Fällen besonders wo es sich nur um leichtere Straftaten handelt, der Eid manchen Mitbeschuldigten davon zurückhalten wird, gar zu sehr von der Wahrheit abzuweichen. Aber ebensowenig bedarf andererseits eine vernünftig vorgehende Beweiswürdigung des Eides.

Mit der Vereidung der Mitbeschuldigten würde Meineiden und Falscheiden in zahlloser Menge Tür und Tor geöffnet. Und wenn der Prozess an sich auch nicht die Aufgabe hat, Meineide möglichst zu verhüten, so ist es doch die Pflicht des Gesetzes, auch diesen praktischen Zweck nicht ausser

[1]) Der letzteren Ansicht Bennecke u. Beling S. 344.

[2]) S. zu dieser Ansicht auch noch Entsch. d. Feriens. d R. Gs. vom 11. 8. 1883. Rechtspr. 5, S. 528.

Augen zu lassen.[1]) Und deshalb muss es m. E. befriedigen, wenn die Untersuchungen über diese Frage uns zwanglos zu der Erkenntnis führen, wie sie sich aus dem oben ausgeführten ergibt. Ich kann deshalb Binding nicht zustimmen, wenn er S. 148 des Grundrisses sagt, die Gründe für die herrschende Ansicht, liefen auf eine petitio principii hinaus.« Ich meine vielmehr, dass gerade diese Ansicht dem praktischen Bedürfnisse recht zusagt.

Das Interesse eine Zeugenaussage erzwingen zu können, halte ich überhaupt für sehr gering. Denn mir erscheint der Wert einer irgend wie erzwungenen Aussage fast wertlos.

6. Der Teilnehmer ohne Streitgenossenschaft.

In den Rahmen dieser Arbeit gehört an sich nur der Mitbeschuldigte, gegen den in demselben Prozesse verhandelt wird. Der Vollständigkeit halber seien jedoch die Verdächtigen und Verurteilten im Sinne des § 53 der St.-P.-O. mit in die Besprechung hereingezogen.

Soweit gegen Teilnehmer an derselben Tat — Teilnehmer, Begünstiger, Hehler — nicht in demselben Prozesse verhandelt wird, sind sie nicht Partei. Das Solidaritätsgefühl, das gleicher Schuld entspringt, erhebt sie nicht in die Parteistellung, es macht sie nur möglicherweise parteiisch. Sie müssen deshalb als Zeugen auftreten.[2]) Da sie aber nach § 56[3] der St.-P.-O. nicht zu vereiden sind, so ist der praktische Erfolg ganz derselbe wie bei dem Mitbeschuldigten in demselben Prozesse. Dort benützt der Richter die Parteiaussagen als Zeugnis und hier tut er das mit den Zeugenaussagen und die richterliche Beweiswürdigung tilgt wiederum jeden Unterschied.

[1]) Das kann natürlich nie entscheidend sein, — vgl. S. 77 —, aber es ist zweifellos zu begrüssen, wenn man zu der Ansicht gelangt, dass kein höherer Grund vorliegt, der es hinderte, auch diesem praktischen Zwecke zu dienen.

[2]) Gl. Ans. Rosenfeld Lehrb. S. 225 Anm. 1.

§ 56 Ziffer 3 der St.-P.-O. spricht — vom Verurteilten vorläufig abgesehen — von denen, die hinsichtlich der den Gegenstand der Untersuchung bildenden Tat als Teilnehmer, Begünstiger oder Hehler »verdächtig« sind.[1])

Dieser Ausdruck ist im Sinne der Strafprozessordnung mindestens so zu verstehen, dass nur ein strafrechtlich relevantes, ein an sich strafbares Handeln der beteiligten Person,[2]) nicht schon eine diese Person vielleicht der Schande oder dem Vorwurfe aussetzende sittliche Verfehlung, sie in das bezeichnete Verhältnis bringt.[3])

Das Schuldbewusstsein der Person, die an der Tat strafrechtlich beteiligt ist, hat dazu geführt, ihr die Ausnahmestellung des § 56 zu verschaffen. Denn die Motive sagen zutreffend[4]), die Bestimmung des § 56 diene den Fällen, wo die Annahme ‚erfahrungsgemäss' nicht zutrifft, dass die Beeidigung der Zeugen zur Aussage der Wahrheit bewegen werde.«[5])

Das Bewusstsein der Personen, gegen das Gesetz — die Norm — verstossen und sich damit strafbar gemacht zu haben, die Furcht, macht es unwahrscheinlich, dass der Eid bei ihnen seinen Zweck erfüllen werde.

[1]) Das Verhältnis des Täters zum Gehilfen und umgekehrt s. E.R.G. Bd. 14 S. 27.

[2]) Stenglein S. 187 N. 14; Rechtspr. Bd. 9 S. 312; E.R.G. 19, S. 391; E.R.G. 28 S. 112; Goltd. Bd. 43 S. 52; Rechtspr. 8 S. 171; E.R.G. 22, S. 99; E.R.G. 14 S. 25: Mit der Begründung dieser Entscheidung steht allerdings v. Liszt, Lehrbuch des deutschen Strafr. 7. Aufl. S. 171 im Widerspruch. Das Ergebnis ist jedoch bei beiden dasselbe.

[3]) Die Strafprozessordnung berücksichtigt die Gefahr der Unehre im Gegensatz zur C.-P.-O. nicht. — Vgl. §§ 384 Ziff. 2, 393 Ziff. 3 C.-P.-O. — Dass eine Person, die sich irrtümlich strafbarer Teilnahme für schuldig hält, vereidet werden muss, wenn das Gericht anderer Ansicht ist, bedarf wohl keiner besonderen Darlegung.

[4]) Mot. zu § 46 d. Entw.

[5]) Vgl. hierzu Rechtspr. 9, S. 312.

Ein wegen derselben Tat Verurteilter ist nicht zu vereiden, sei es dass er rechtskräftig verurteilt ist, — nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 56[3] der St.-P.-O. —, sei es, dass das Urteil noch nicht Rechtskraft erlangt hat, als Verdächtiger.[1]) Und ich meine, dass man einem noch nicht rechtskräftigen Urteile die Concession machen muss, dass es vorläufig eine Art Offizialverdächtigkeit hervorruft, über die sich der Richter des neuen Prozesses nicht hinwegsetzen soll.[2]) Denn auch als Verdächtiger verliert ja der Zeuge nicht die Fähigkeit Beweismittel zu sein, sondern nur seine Vereidung hat zu unterbleiben, und das ist schliesslich gar kein Schade.

Der rechtskräftig Freigesprochene ist an sich eidespflichtig; ebenso der ausser Verfolgung gesetzte.[3]) Eine Freisprechung oder Ausserverfolgsetzung machen aber den Betreffenden nicht reiner gegen den Vorwurf eine bestimmte Tat begangen zu haben, als es eine Person ist, die nie in eine gerichtliche Untersuchung verwickelt war. Wenn es nun dem Gerichte jeder Person dieser Art gegenüber freisteht, sie als Teilnehmer verdächtig zu finden, ganz ohne Rücksicht darauf, ob später eine Untersuchung gegen sie eingeleitet wird, so muss das Gericht dies mindestens ebensogut einer Person gegenüber tun dürfen, die in Untersuchung gewesen ist. Sie kann verdächtig sein, wie jeder andere, nur muss sie es nicht deshalb, weil sie in Untersuchung war. Danach steht die Annahme, dass eine solche Person dennoch verdächtig sei, nie mit der früheren Entscheidung im Widerspruche — nur scheinbar, wie Löwe a. a. O. richtig sagt —. Und deshalb stimme ich auch nicht Löwes, Bindings und Geyers a. a. O. ausgesprochener Ansicht zu, dass de lege ferenda Bedenken gegen diese Möglichkeit vorlägen.

[1]) Bennecke u. Beling S. 356 u. dort Cit.; Rosenfeld S. 252 Anm. 25; Löwe zu § 56 Note 13[e]; Binding Grdr. S. 148; Stern Ger.-Saal S. 211 ff.

[2]) A. M. Stern a. a. O.

[3]) Gl. M. Löwe zu Abschn. 6, 3 b *α*; E.R.G. 8 S. 382; Rechtspr. 3 S. 589; Ullmann S. 365; Binding Grdr. S. 148; Stern Ger.-Saal a. a. O. A. M. Geyer, der Beweis im Strafrecht b. Holtz. I S. 286.

Dass ein in Folge von Strafausschliessungsgründen freigekommener ohne Weiteres verdächtig bleibt, bedarf nach dem Gesagten keiner weiteren Darlegung.

7. Der Verteidiger.

Der Verteidiger ist nicht Partei. Er ist nach der Struktur des Prozesses für diesen entbehrlich. Insofern kann er zunächst also Zeuge sein.

In den Fällen, wo der Verteidiger zugleich als Vertreter des abwesenden oder nicht anwesenden [1]) Beschuldigten auftritt — §§ 233, 322, 370, 390, 427, 451 St.-P.-O. — ist er strenggenommen auch nicht selbst Partei.

Aber durch die Vertretung nähert er sich der Parteistellung so, dass es untunlich erscheint, ihn zugleich als formell auftretenden Zeugen zu vernehmen. Er ist, wenn man so sagen darf, ein Surrogat des Beschuldigten.

Und ich meine, seinen Erklärungen kommt im Grunde genommen keine andere Behandlung und Beurteilung zu, als der des Beschuldigten [2]); d. h. zunächst: sie unterliegen ebenso der freien Beweiswürdigung. Der Vertreter tritt auf vor den Schranken des Gerichts: er wird vernommen; damit ist § 249 der St.-P.-O. Genüge getan. Und seine Bekundungen erfolgen in der Hauptverhandlung: damit ist § 260 desselben Gesetzes erfüllt. Da kann nun § 232 Abs. 2 der St.-P.-O. nicht die Wirkung haben und will sie m. E. auch nicht haben, ganz plötzlich und vereinzelt den Vertreter aus der freien Beweiswürdigung herauszuheben, zumal da diese Bestimmung

[1]) S. Bennecke u. Beling S. 157 u. John I S. 969.

[2]) So Motive S. 133; nur ist der dort gebrauchten Wortfassung: »Dass die Erklärungen des Vertreters als Erklärungen des Angeklagten selbst behandelt werden müssen und zwar auch soweit, als sie Zugeständnisse enthalten,« nicht beizustimmen. S. die weiteren Ausführungen des Textes. A. M. Bennecke u. Beling S. 375; v. Kries S. 233, allerdings scheint die dortige Anmerkung No. 3 darauf hinzudeuten, dass er im Grunde derselben Ansicht ist, wie sie oben weiter dargelegt ist.

nur den Vertreter des wegen grosser Entfernung vom Erscheinen entbundenen betrifft. Nur freilich darf man die Angaben des Vertreters nie als »Geständnis« oder »Leugnen« bezeichnen. Diese Ausdrücke sind nur für Erklärungen des Beschuldigten persönlich brauchbar, denn der Wille eines Menschen, sein Inneres zu offenbaren und zu verschliessen, um Erklärungen abzugeben, oder zu verweigern, die strafrechtliche Folge für ihn haben können, kann nicht durch eine Mittelsperson ausgeschaltet oder ersetzt werden. Sagt also der Angeklagte in dem richterlichen Protokolle über seine Tat überhaupt nichts oder leugnet er sie gar und der Vertreter erklärt dann: Mein Mandant hat die Tat allerdings begangen, so liegt ein Verweigern der Aussage oder Leugnen des Angeklagten vor, nicht ein Geständnis; und dies selbst dann nicht, wenn der Vertreter ausdrücklich und für das Gericht in irgend einer massgebenden Form erkennbar vom Angeklagten ermächtigt worden ist, die Erklärung abzugeben. Aber »Geständnis« und »Leugnen« sind ja nicht termini technici, wenigstens nicht für die freie Beweiswürdigung und für die materielle Wahrheitsforschung. Dem Richter wird also kein Hindernis entgegenstehen, seine freie Beweiswürdigung spielen zu lassen und seine Schlüsse aus dem Zwiespalt zwischen Aussage des Angeklagten und Bekundung des Vertreters zu ziehen. Deshalb wird man auch nicht gezwungen sein, den Vertreter, weil er nicht zu gleicher Zeit formeller Zeuge sein kann, aus seiner Vertreterrolle zu versetzen, um ihn als formellen Zeugen vernehmen zu können.

Anders liegt der Fall, wenn der Verteidiger nur neben dem erschienenen Angeklagten auftritt.

Das Reichsgericht hat hier beide sich entgegenstehende Ansichten, die Vereinbarkeit und die Unvereinbarkeit beider Rollen mit gleichem Nachdrucke vertreten und gleich ausführlich begründet. Es sei nämlich gleich hier hervorgehoben, dass die Bemerkung des Reichsgerichts in seinem Erkenntnisse Bd. 24 S. 108 (Zeilen 10 ff.) der Entscheidungen, die früher entgegengesetzte Ansicht — dargelegt in dem Erkenntnisse

in Goltd. Arch. Bd. 19 S. 312 — habe nur für besondere Ausnahmsfälle — in einem konkreten Falle — Geltung haben sollen, nicht zutrifft. Es ist im Gegenteile in diesem zweiten Erkenntnisse ganz unbedingt und ganz allgemein die Vereinbarkeit beider Rollen unzweideutig anerkannt; und die eingehende Begründung lässt keinen Zweifel darüber, dass dieses Erkenntnis nicht bloss für die Fälle gelten sollte, wo die der Regel nach bestehende prozessuale Unvereinbarkeit der Zeugen- und der Verteidigerrolle sich nur im geringeren Masse fühlbar mache.« [1])

Beide Entscheidungen geben, jede in ihrer Richtung, die Gründe für und wider im wesentlichen erschöpfend an; man kann deshalb bei der Behandlung der Frage ihrem Gedankengange nachgehn.

Zunächst sagen beide Begründungen zutreffend, die Strafprozessordnung gebe keine Normen an die Hand, die diese Frage unmittelbar und ausdrücklich entschieden, es sei deshalb zu untersuchen, ob die Stellung des Verteidigers und die Erfüllung der ihm obliegenden Pflichten mit den Obliegenheiten eines Zeugen nach der Struktur des Strafverfahrens derart unvereinbar ist, dass das Auftreten als Zeuge ein Wirken als Verteidiger ausschliesst.

Wenn das erstere Urteil schon aus dem Fehlen eines dem § 22[5] St.-P.-O. entsprechenden Gebotes einen Schluss auf den Willen des Gesetzes zieht, so ist dem nicht gerade zu widersprechen; nur erscheint es mir gerade bei der Strafprozessordnung etwas gewagt, aus fehlenden Bestimmungen einen folgeschweren Schluss zu ziehen.[2]) Weniger dürfte dagegen der Anführung des § 52 Ziff. 2 St.-P.-O. beizustimmen sein[3]), denn aus dieser Gesetzesstelle lässt sich m. E. nur folgern, dass ein Verteidiger, nachdem er im Vorverfahren oder in der Hauptverhandlung die Verteidigung geführt hat,

[1]) So E.R.G. Bd. 24 S. 107 a. E., 108.
[2]) S. auch S. 4.
[3]) So E.R.G. b. Goltd. a. a. O. S. 313.

fähig bleibt, in der Sache als Zeuge aufzutreten, nicht dass das auch umgekehrt oder zu gleicher Zeit der Fall sein dürfe.

Im Anschlusse daran sei gleich hier gesagt, dass der Verteidiger durch seine Tätigkeit als solcher die Fähigkeit, später als Zeuge in der Sache aufzutreten, nicht verliert, und zwar aus demselben Grunde, der oben für den Richter und Staatsanwalt geltend gemacht ist. Aus § 52 Ziff. 2 kann man nur eine Bestätigung dieser Auffassung entnehmen.

Einen Hauptgrund gegen die Vereinbarkeit findet die Entscheidung Bd. 24 E.R.G. darin, dass die unbedingte Verfügungsgewalt des Richters über den in Ausübung öffentlicher Pflicht stehenden Zeugen sich nicht mit dem Rechte und den Obliegenheiten des Verteidigers vertrüge. Demgegenüber hebt das für Vereinbarkeit sich aussprechende Urteil b. Goltd. Bd. 39 ausdrücklich hervor, dass die Erfüllung beider Verbindlichkeiten nebeneinander bestehen könnte und »die Ausübung der Funktionen als Verteidiger nicht geeignet sei, die Befugnisse des Vorsitzenden in Ansehung des Verteidigers in seiner Eigenschaft als Zeuge zu schmälern. Diesem Satze ist unbedingt zuzustimmen.

Einen weiteren Grund findet das verneinde Urteil in den Bestimmungen der §§ 56, 242 der St.-P.-O., während das andere diesen Bestimmungen ausdrücklich ein entscheidendes Gericht abspricht.

Und schliesslich gipfelt das verneinende Erkenntnis in dem Satze, der Angeklagte habe keinerlei Anspruch darauf, dass gerade eine bestimmte Person ihn verteidige, während die andere Entscheidung offensichtlich das Gegenteil meint, wenn sie — Goltd. a.a.O. S. 313 — »das dem Angeklagten in den §§ 137 und 138 St.-P.-O. gewährte Recht, sich einen Verteidiger zu wählen, zu den Fundamentalsätzen des Strafverfahrens« rechnet.

Mir erscheint das gegen die Vereinbarkeit sich aussprechende Urteil nicht die Unvereinbarkeit beider Rollen, sondern im höchsten Falle die Möglichkeit darzutun, dass die Vereinigung manchmal mit etwas Unbequemlichkeit ver-

bunden ist. Das aber dürfte kein ausreichender Grund sein, sie auszuschliessen.

Die unbedingte Verfügungsgewalt des Gerichts über den Zeugen, wovon diese Entscheidung spricht, enthält, wie bereits bemerkt, nichts, was die Tätigkeit des Verteidigers irgendwie hindern oder beengen könnte. Er kann sich schon als Verteidiger nicht gut ohne weiteres aus der Verhandlung entfernen; der Zwang, der ihm als Zeugen aufliegt, nicht ohne Zustimmung des Gerichts sich zu entfernen, ist also kein Zwang gegen eine Befugnis des Verteidigers als solchen. Irgend eine Handlung, die ihn der »Verfügungsgewalt des Gerichts entziehen« müsste, hat er als Verteidiger nicht vorzunehmen. Das in dem Erkenntnisse gebrauchte Wort »Zeugenzwang« erscheint mir deshalb bedenklich, weil es unwillkürlich eine falsche, übertriebene Vorstellung von dem Verhältnisse zwischen Gericht und Zeugen erweckt, die geeignet ist, die Beurteilung der hier zu behandelnden Frage in falscher Richtung zu beeinflussen.

Und dass die Bestimmungen der §§ 58 und 242 der St.-P.-O. kein Hindernis gegen die Vereinbarkeit beider Rollen sind, erscheint mir auch nicht zweifelhaft. Denn warum soll das, was das Reichsgericht für den Nebenkläger für tunlich hielt, nämlich dass dieser nötigenfalls vor den andern Zeugen vernommen werde[1]). — Goltd. Arch. Bd. 39 S. 313 weist in der Anm. selbst zutreffend darauf hin — nicht auch für den Verteidiger zulässig sein? Der Satz in dubio pro reo spricht sehr dafür. Denn es hat den grössten Wert für den Beschuldigten, wenn sein Verteidiger durch nichts in seiner Tätigkeit behindert ist, wenn er besonders immer zugegen sein darf und er ihm nicht gegen seinen Willen genommen wird.

Besonders aber ist zu berücksichtigen, dass die Bestimmung des § 54[1] der St.-P.-O. nur instruktioneller Natur ist[2]).

[1]) E.R.G. Bd. 2 S. 388.

[2]) Goltd. a. a. O. 313 a. E. Gl. A. Löwe u. Stenglein zu § 58; E. 3 S. 54; Rechtspr. 3 S. 295. A. M. Bennecke u. Beling S. 345.

Ebenso ist § 242[4] der St.-P.-O. nur reglementärer Natur[1])[2]).

Was die Gefahr anlangt, die in der Vereinigung beider Rollen für die materielle Wahrheit liegen könnte, so halte ich diese gerade hier für sehr gering, trotz der vielen dem Verteidiger zustehenden Rechte, besonders des Rechtes der Akteneinsicht. Denn in den weitaus meisten Fällen wird der Verteidiger ein Rechtsanwalt oder Rechtslehrer sein; und wo das nicht der Fall ist, hat es ja das Gericht nach § 138 Abs. 2 in der Hand, ihn zu beseitigen. Der Rechtsanwalt oder Rechtslehrer aber bietet, mindestens im Gegensatze zum Nebenkläger[3]), in seiner Person meist eine solche Sicherheit für wahrheitsgetreue Aussage, dass der Uebelstand, der aus seinen Verteidigerrechten entspringen kann, sicherlich aufgewogen wird. Er ist dem Gerichte in den meisten Fällen bekannt, sodass dieses ihm gegenüber einen viel besseren Anhalt hat, seine Glaubwürdigkeit zu beurteilen, als es meist den anderen Zeugen gegenüber der Fall sein wird. Er ist ein allgemein und juristisch gebildeter Mann; seine subjektive Parteinahme wird deshalb eher geringer sein, als z. B. die des Nebenklägers; und die Folgen, die dem Rechtsanwalte drohen, wenn er seine Eidespflicht verletzt, sind für ihn in den meisten Fällen schwerer, als für einen anderen Zeugen.

---

[1]) Gl. A. Löwe u. Stenglein zu § 242. A. M. Bennecke u. Beling a. a. O.

[2]) Wenn dem hervorragenden Satze »in dubio pro reo« damit gedient wird, so kann man sich auch nicht dem Vorwurfe aussetzen, dass man etwa leichtfertig das Gesetz umgehe, wenn man ihm zu Liebe instruktionelle Sätze ausser Acht lässt. Vgl. auch S. 57 Anm. 2.

[3]) Dem ähnliche Rechte zustehen, wie dem Verteidiger, und bei dem das Reichsgericht in seiner Entsch. E.R.G. Bd. 2 S. 384 sich mit Recht leicht über Bedenken dieser Art hinwegsetzte. Dass der Nebenkläger das Recht der Akteneinsicht z. B. nur durch einen Rechtsanwalt ausüben kann (§§ 437, 425 d. St.-P.-O.) macht m. E. keinen Unterschied, denn der Rechtsanwalt darf seine durch Akteneinsicht erworbene Kenntnis dem Nebenkläger ohne weiteres mitteilen und wird es auch stets tun.

Aber besonders zu betonen ist, dass die Gefahr, die darin liegt, dass der Verteidiger eine Anzahl von Rechten — z. B. das der Akteneinsicht — ausgeübt hat, nicht geringer ist, wenn der Verteidiger unter Niederlegung seines Amtes als Zeuge vernommen wird, nachdem er als Verteidiger gewirkt hatte. Und dass dies zulässig ist, bestreitet ja das verneinende Erkenntnis des Reichsgerichts selbst nicht; es will nur, dass der Verteidiger in diesem Falle seine Rolle als solcher ganz niederlegt. Wenn der Verteidiger, nachdem er als Zeuge vernommen war, wieder in seine Rolle eintritt, oder sie gleichzeitig in den Händen hat, so muss eine Rücksicht auf seine Rechte ganz ausser Betracht bleiben; sie schaden nicht im geringsten.

Auch der Satz, kein Angeklagter habe Anspruch darauf, dass eine bestimmte Person ihn verteidige, ist in dieser Fassung nicht zutreffend. Die Strafprozessordnung überlässt in den §§ 137 ff. das Recht der Wahl der Person des Verteidigers, besonders wenn er ein Rechtsanwalt ist — § 138[2] der St.-P.-O. — dem Angeklagten. Damit hat er auch das Recht, sich eine bestimmte Person auszuwählen.[1]) Zuzugeben ist, dass höhere Gründe, wie die Rücksicht auf die materielle Wahrheit, oder auf die freie Beweiswürdigung, diesem Rechte vorgehen müssen. Aber es müssen wirklich höhere Gründe, höhere Rechte, sein: Die Würde des Gerichts, von der das angeführte Erkenntnis redet, ist m. E. kein derartiger Grund, Der Satz in dubio pro reo geht ihr sicherlich vor.[2]) Uebrigens kann ich auch nicht erkennen, wie hier eine Verletzung der Würde des Gericht in Frage sein kann. Wohl aber verletzt es ein Recht des Angeklagten,

---

[1]) S. Seite 52.

[2]) Wenn man wirklich die Möglichkeit annimmt, dass der Satz in dubio pro reo einmal nur mit Verletzung der Würde des Gerichts durchzuführen wäre, so meine ich, dass dann eben die Würde des Gerichts den Kürzeren ziehen müsste.

wenn man ihn des Verteidigers beraubt, auf den er sein Vertrauen setzt.

Auch zu einer Verletzung der guten Sitten kann die Vereinigung beider Rollen nie führen[1]; die Möglichkeit, dass dabei der Verteidiger seine eigene Aussage einer Besprechung unterziehen muss, kann nie eine derartige Verletzung enthalten.

Und schliesslich darf man es dem Angeklagten füglich selbst überlassen, ob er noch das erforderliche Vertrauen zu seinem Verteidiger hat, nachdem dieser zu seinen Ungunsten ausgesagt hat. Und das ändert sich auch für den Fall der Verteidigung durch einen bestellten Verteidiger nicht. Denn wenn hier der Angeklagte, worüber er zu befragen sein wird, selbst nichts gegen die Person seines Verteidigers einzuwenden hat, so liegt im Sinne der Strafprozessordnung kein Grund vor, ihm diesen von Amtswegen durch einen andern zu ersetzen. Ist doch auch bei der notwendigen Verteidigung das Gericht erst dann gezwungen, dem Angeklagten einen Verteidiger zu bestellen, wenn der Angeklagte sich nicht selbst einen gewählt hat.

Nach alledem wird der Verteidiger in seiner Stellung und Wirksamkeit durch seine Vernehmung als Zeuge nicht berührt; er kann während seines Auftretens als Zeuge und nachher ohne weiteres seine Verteidigertätigkeit ausüben.[2] Und da nach dem oben gesagten seine Entfernung aus dem Gerichtssaale während der Verlesung des Eröffnungsbeschlusses, der Vernehmung des Angeklagten und Abhörung der vor ihm zu vernehmenden Zeugen nicht unbedingt erforderlich

[1] Vgl. das angeg. Erkenntnis S. 308.

[2] Gleicher Meinung Bennecke u. Beling S. 344; und anscheinend für entbehrlichen Vert. Rosenfeld Lehrb. S. 225 Anm. A. M. Rosenfeld a. a. O. S. 225 (für notw. Vert); Glaser I S. 279; Binding Grdr. S. 147; Birkmeyer 424; Stenglein zu § 138 N. 4.

ist, begründet auch der Fall der notwendigen Verteidigung keinen Unterschied.[1][2])

Die Frage, ob der Verteidiger als Sachverständiger auftreten kann, ist unter dieselben Erwägungen zu ziehen, wie sie S. 38 für den Fall des Auftretens eines Nebenklägers als Zeugen vorgebracht worden sind.

8. Der Beistand und der Vertreter des Beschuldigten, Privat-, Nebenklägers.

a) Der Beistand des Beschuldigten:

Der in § 149 der St.-P.-O. eingeführte Beistand ist nicht Partei.[3])

Es besteht kein Streit darüber, dass er zugleich als Zeuge auftreten kann und vereidet werden muss.[4])

Im Gegensatze zu der vom Reichsgerichte vertretenen Ansicht[5]) möchte ich aber annehmen, dass die Bestimmungen der §§ 58, 242[4] der St.-P.-O. auch ihm gegenüber weichen müssen, da sich der Anspruch des Beistandes auf die ganze Verhandlung bezieht.[6])

Ich möchte dafür dieselben Gründe in Anspruch nehmen, die das Reichsgericht in den mehrfach besprochenen Ent-

[1]) A. M. Goltd. a. a. O. S. 314 Anm.

[2]) Zwar sollen auch instruktionelle Sätze nicht leichtfertig ausser Anwendung gelassen werden. Aber gerade ihnen gegenüber ist man in der vorteilhaften Lage, sie eines höheren Grundes wegen einmal bei Seite zu lassen, während man imperativen Bestimmungen gegenüber oft bedauernd machtlos gegenübersteht. Und es erscheint mir pro reo zu gehen, wenn der Verteidiger in seiner Tätigkeit durch nichts beschränkt wird.

[3]) v. Kries bezeichnet ihn zwar S. 350 als Nebenpartei, nicht aber in dem Sinne, dass dadurch sein Zeugnis ausgeschlossen würde. Er sagt kurz vorher: Die Nebenpartei kann Zeuge sein.

[4]) So z. B. Bennecke u. Beling S. 156; E.R.G. B. 22 S. 194.

[5]) E. R. G. a. a. O.; E. R. G. Bd. 24 S. 108, 109.

[6]) Gl. M. v. Kries S. 350; a. M. Bennecke u. Beling S. 157 Anm. 28.

scheidungen für den Nebenkläger gelten lässt, zumal da es dort contra reum hier pro reo geht.

b) Der Beistand des Privatklägers.
— § 418 der St.-P.-O. —

Dieser ist hier nicht anders zu behandeln als der Verteidiger. Denn beider Stellungen sind analog. Nur greifen für den Beistand des Privatklägers nicht die Erwägungen Platz, die der Rücksicht auf die Zwangslage entspringen, in der sich der vom Verteidiger vertretene Angeklagte befindet.

Danach ist der Beistand des Privatklägers als Zeuge formell zu vernehmen und zu vereiden. Und durch dieses Auftreten als Zeuge wird seine Stellung und Tätigkeit nicht berührt. Insoweit findet das über den Verteidiger gesagte hier entsprechende Anwendung.

Dagegen kann für den Beistand nicht das Recht in Anspruch genommen werden, der ganzen Verhandlung beizuwohnen; denn dieser Anspruch des Verteidigers entspringt eben allein der Rücksichtnahme auf die Zwangslage des Angeklagten. Ein höherer Grund, die Bestimmungen der §§ 58[1] und 242[4] der St.-P.-O. ausser Acht zu lassen[1]), liegt hier nicht vor. Der Privatkläger mag seine Sache allein vertreten, oder er mag, falls ihm die Abwesenheit seines Beistandes nicht passt, sich einen anderen suchen, wenn es angängig ist.

c) Der Vertreter des Angeklagten.

Dieser ist S. 98 ff. besprochen.

d) Der Vertreter des Privatklägers.

Er unterliegt derselben Betrachtung wie der Vertreter des Angeklagten. Das über diesen gesagte findet deshalb hier entsprechende Anwendung. Er nähert sich der Partei-

[1]) Vgl. S. 54 (Anm. 2) und S. 57 Anm. 2.

stellung so, dass er nicht als Zeuge auftreten und vereidet werden kann, solange er Vertreter ist.

Und auch bei ihm wird es der Grundsatz freier Beweiswürdigung m. E. unnötig machen, ihn aus seiner Vertreterstellung zu treiben, um ihn formell vernehmen und vereiden zu können. Die Beschränkung, dass der Vertreter hier nur ein Rechtsanwalt sein kann[1]), lässt dies Ergebnis besonders wenig bedauerlich erscheinen.[2])

e) Der Beistand und der Vertreter des Nebenklägers.

Beide sind als Zeugen zu vernehmen und zu vereiden. Denn ihr vom Nebenkläger abgeleitetes Recht kann nicht höher sein, als das des Nebenklägers selbst.

Das Recht, das man für den Nebenkläger in Anspruch nimmt, der ganzen Verhandlung beizuwohnen, wird seinem Beistand und auch seinem Vertreter m. E. unbedingt nicht zugestanden werden können. Die §§ 58[1] und 242[4] der St.-P.-O. können durch das auf blossen Zweckmässigkeitsgründen beruhende Recht des Nebenklägers, sich einen Vertreter zu halten, nicht erschüttert werden.

9. Der Sachverständige.

Der Sachverständige ist nicht Prozesssubjekt.

Seine Tätigkeit berührt sich mit der des Zeugen nicht. Er kann daher zugleich Zeuge sein[3]).

[1]) § 418 St.-P.-O. hierzu Löwe Anm. 3.
[2]) Vgl. S. 54.
[3]) Binding Grdr. S. 148 u. 142.

Angabe

der für die Arbeit benutzten Litteratur;

zugleich mit den in der Arbeit benutzten Abkürzungen.

Entscheidungen des Obertribunals . . .	= Obertrib. Bd.
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen	= E.R.G. Bd.
Rechtsprechung des Reichsgerichts in Strafsachen	= Rechtspr. Bd.
Materialien zur Strafprozessordnung von Hahn Berl. 1880	
Gerichtssaal	= Ger.-S.
Goltdammers Archiv	= Goltd. Arch.
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft	= Z. f. d. ges. St.-R.-W.
Beling: Strafrechtliche Abhandlungen	
Löwe: Komm. zur St.-P.-O. 11. Aufl. . .	= Löwe.
Stenglein: „ „ „ 1898 . . .	= Stenglein.
Puchelt: die Strafprozessordnung Leipz. 1881	= Puchelt.
Schwarze: Kommentar zur Strafprozessordnung. Leipzig 1878	= Schwarze.
Geyer: Lehrbuch des Strafprozessrechts Leipzig 1880	= Geyer.
Ullmann: Lehrbuch des Strafprozessrechts München 1893	= Ullmann.
Bennecke: Lehrbuch des Strafprozessrechts. Breslau 93	= Bennecke.
Bennecke und Beling: Lehrbuch des Reichsstrafprozessrechts. Breslau 1900 . .	= Bennecke u. Beling.
Birkmeyer: das deutsche Strafprozessrecht. Berlin 1898	= Birkmeyer.
v. Holtzendorf: Handbuch des Strafprozessrechts. Berlin 79	= Holtzend.
v. Kries: Lehrbuch des Strafprozessrechts Freiburg 1892	= v. Kries.
Binding: Grundriss des Strafprozessrechts 5. Aufl.	= Bind. Grdr.

Beling, die Beweisverbote als Grenzen der Wahrheitsforschung im Strafprozess.

Mittermaier, die Parteistellung der Staatsanwaltschaft im reformierten deutschen Strafverfahren.

Kade, die Privatklage in den Strafprozessordnungen der Jetztzeit. Berlin 1900.

Stein, das private Wissen.

Kade, der Eid und das Recht auf Wahrheit.

Rosenfeld, die Nebenklage des Reichsstrafprozesses.

Wolffing, die rechtliche Stellung des Nebenklägers im deutschen Strafverfahren.

H. Gross, Criminalpsychologie.

Stern, Beiträge zur Psychologie der Aussage. Heft 1—4.

Rosenfeld, der Reichsstrafprozess, II. Aufl. Berlin 1905 — Rosenfeld Lehrbuch des R.-Str.-Proz.

Wach, Handbuch des Civilprozessrechts.

Krit. Vierteljahrsschrift f. Gesetzgebung und Rechts-Wissenschaft.

Inhalts-Verzeichnis.

Seite

I. Allgemeines 3
1. Die Grundsätze des Strafprozesses 4
2. Die Struktur des Strafprozesses 11
II. Die einzelnen Prozessrollen 17
1. Der Berufsrichter, Geschworene, Schöffe; Gerichtsschreiber 17
a) Der Richter als Zeuge 17
b) Der Richter als Sachverständiger . . . 21
2. Der Privatkläger 28
3. Der Nebenkläger 33
4. Der Staatsanwalt 38
5. Der Beschuldigte 41
a) Der Beschuldigte überhaupt 41
b) Der Mitbeschuldigte 42
6. Der Teilnehmer ohne Streitgenossenschaft . . 46
7. Der Verteidiger 49
8. Der Beistand und der Vertreter des Beschuldigten, Privat-, Nebenklägers 57
a) Der Beistand des Beschuldigten 57
b) Der Beistand des Privatklägers 58
c) Der Vertreter des Angeklagten 58
d) Der Vertreter des Privatklägers 58
e) Der Beistand und der Vertreter des Nebenklägers 59
9. Der Sachverständige 59
Litteraturangabe 61